

**UiO • Det juridiske fakultet**

# Midlertidig vedtak etter konkurranselovens § 12 (5)

Kandidatnummer: 740

Leveringsfrist: 25. April 2014

Antall ord: 17 753



# Innholdsfortegnelse

<b>1</b>	<b>INNLEDNING TIL OPPGAVEN .....</b>	<b>1</b>
1.1	Presentasjon av oppgaven .....	1
1.2	Avgrensninger .....	3
1.3	Materialet .....	4
1.4	Oversikt over oppgaven .....	6
<b>2</b>	<b>GENERELT .....</b>	<b>7</b>
2.1	Innledning .....	7
2.2	Kort om Konkurransetilsynets kompetanse og lovens system .....	8
2.2.1	Konkurransetilsynets kompetanse .....	8
2.2.2	Privat og offentlig håndhevelse .....	9
2.2.3	Konkurranselovens § 12 (1).....	12
2.3	Paragrafene 10, 11 og forskrift i medhold av paragraf 14 .....	16
2.4	Konkurransebegrensning .....	19
2.5	Bakgrunn for Konkurranseloven § 12 femte ledd.....	20
<b>3</b>	<b>KRAV OG SIKRINGSGRUNN .....</b>	<b>23</b>
3.1	Innledning .....	23
3.2	”Rimelig grunn” til å anta at det foreligger et brudd .....	23
3.2.1	Konkurranseloven.....	23
3.2.2	Sammenligning med praksis fra Norge .....	26
3.2.3	EU .....	29
3.2.4	Sammenligning med annen lovgivning .....	32
3.3	”Fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade” .....	35
3.3.1	Konkurranseloven.....	35
3.3.2	Sammenligning med praksis fra Norge .....	37
3.3.3	EU .....	40
3.3.4	Sammenligning med annen lovgivning .....	44
3.4	Klageadgangen.....	50

<b>4</b>	<b>KOMPETANSEN ETTER KRRL § 12 (5)</b>	<b>51</b>
4.1	”Kan”-regel	51
4.2	”Pålegg etter første ledd”	51
4.2.1	Innledning	51
4.2.2	Strukturelle tiltak	52
4.2.3	Adferdsregulerende pålegg	52
4.2.4	”Cease and desist orders”	54
4.2.5	Vedtakskompetansen når en overtredelse allerede har opphørt	55
4.2.6	ICA/NorgesGruppesaken	55
4.3	”åpenbart misforhold”	56
4.3.1	Konkurranseloven	56
4.3.2	EU	57
4.3.3	Annen lovgivning	58
4.3.4	Praksis	59
4.3.5	Klageadgang	60
4.4	”Begrenset tidsrom”	61
<b>5</b>	<b>SAMMENDRAG</b>	<b>63</b>
	<b>LITTERATURLISTE</b>	<b>65</b>

# 1 Innledning til oppgaven

## 1.1 Presentasjon av oppgaven

Temaet for denne oppgaven er midlertidige vedtak med hjemmel i konkurranselovens § 12 (5). Konkurransetilsynet har gjennom konkurranseloven av 5. mars 2004 nr. 12, heretter kalt krrl, kompetanse til i visse tilfeller å gripe inn mot handlinger de mener er i strid med loven. Jeg vil i denne oppgaven analysere hva som skal til for å fatte et midlertidig vedtak etter krrl § 12 (5), og hensynene bak bestemmelsen.

Hovedsakelig fatter Konkurransetilsynet endelig vedtak gjennom krrl § 12 (1) uten først å fatte et midlertidig vedtak. Krrl § 12 (5) er en særbestemmelse av krrl § 12 (1), og femteleddet gir kompetanse som kun skal brukes i visse tilfeller. Konkurransetilsynet får en videre kompetanse til å stoppe opptreden de mener er i strid med loven, inntil det foreligger nok bevis til å fatte endelig vedtak. Grunnen til en slik bestemmelse er at konkurransemyndighetene skal kunne gripe inn i tilfeller hvor noe må gjøres raskt. Dersom det ikke blir grepet inn, vil det være en ”fare for” at det skjer en skade på konkurransesituasjonen.

Gjennom denne oppgaven vil jeg analysere de ulike delene av bestemmelsen, og gå inn på hva som skal til for å fatte et midlertidig vedtak. Det vil da bli sett på;

- hva som ligger i de ulike vilkårene, spesielt krav og sikringsgrunn,
- og rekkevidden av Konkurransetilsynets kompetanse.

For å klarlegge dette vil det bli gått inn på ulike bestemmelser i krrl, annen lovgivning, praksis fra EU og praksis fra Norge.

Krrl § 12 (1) ledd vil bli gjennomgått for å vise hva som er forskjell på et midlertidig vedtak og et endelig vedtak, og også eventuelle likheter mellom disse bestemmelsene. Her vil de ulike tersklene for å gripe inn bli belyst. Det blir gjennomgått hva som skal til for at de ulike kravene er oppfylt, og forskjell på kompetansen i de to tilfellene. Det vil også bli omtalt hva slags krav som blir oppstilt i andre bestemmelser i loven, og som igjen kan klarlegge hvor grensene i det aktuelle tilfellet er. Dette vil spesielt gjelde terskelen for å gripe inn når det er snakk om ”rimelig grunn til å anta”.

Bestemmelsen i krrl § 12 (5) er bygget på rådsforordning 1/2003 fra EU, og det er derfor hensiktsmessig å gå inn på praksis derfra. Praksis fra EU vil bli brukt for å vise hva som skal legges til grunn for at det besluttet et midlertidig vedtak i EU. Her vil det bli vurdert;

- hva EU-retten har tillagt vekt i de ulike tilfellene,
- og hva slags terskler som gjelder for å gripe inn.

Deretter vil det bli klarlagt om det samme gjelder i norsk rett.

I flere forskjellige forvaltningsorganer er det anledning til å fatte midlertidig vedtak, og det er derfor av interesse om også disse bestemmelsene oppstiller de samme vilkårene for å gripe inn som i krrl. Lovene det vil bli sett på er helse-og omsorgstjenesteloven og barnevernloven.

Twisteloven vil også bli gjennomgått siden det skal foreligge et krav og en sikringsgrunn, slik som i krrl § 12 (5).

Videre vil jeg belyse praksis fra Konkurransetilsynet. Den første gangen Konkurransetilsynet fattet midlertidig vedtak etter krrl § 12 (5) var i saken omkring ICA/NorgesGruppen og deres avtale om innkjøp- og distribusjonssamarbeid. Det var også dette som aktualiserte denne bestemmelsen for min del. I tillegg vil saken mellom Den Norsk Boligbørs og Finn Eiendom bli gjennomgått.

Krrl § 12 (5) er som sagt en særbestemmelse, og det vil bli klarlagt hva slags kompetanse Konkurransetilsynet har til å fatte midlertidig vedtak, og hva de kan bestemme når vilkårene foreligger. Det vil bli sett på hva slags pålegg som kan gis, vurderingen omkring det foreligger åpenbare misforhold og også at det kun skal vare i et begrenset tidsrom. Også i forhold til kompetansen vil det bli sett på annen lovgivning og praksis, både nasjonal og internasjonal.

## **1.2 Avgrensninger**

På grunn av oppgavens oppfang vil det ikke være anledning til å gå inn på en selvstendig drøftelse av alle komponentene i konkurranselovens § 12 (5).

Konkurranselovens §§ 10, 11 og forskrifter gitt i medhold av § 14 vil bli gitt en kort beskrivelse, men ikke den samme analyse som kompetansen, sikringsgrunnen og kravet.

I tråd med dette kommer det ikke til å bli gjort detaljerte økonomiske utredninger. Jeg nøyer meg med korte redegjørelser på disse punktene.

Når jeg snakker om Konkurransetilsynets kompetanse kommer jeg ikke til å gå inn på det prosessuelle. Dette betyr at verken saksbehandlingsreglene om kravet til kontradiksjon, opplysning- og utredningsplikten, begrunnelsesplikten eller kravet til objektiv saksbehandling vil bli trukket inn i oppgaven.

### 1.3 Materialet

I denne oppgaven vil det bli brukt vanlig juridisk metode.

Krrl § 12 (5) er en bestemmelse som er bygd på rådsforordning 1/2003 artikkel 8 fra EU<sup>1</sup>. Forordning 1 krever ikke harmonisering med nasjonal saksbehandling. Krrl er derfor ikke formelt sett harmonisert med forordning 1. Likevel er det naturlig at det i de tilfellene hvor det har blitt tatt inn bestemmelser fra EU-retten også kan bruke praksis derfra for å belyse vilkårene.<sup>2</sup> Forarbeidene sier det er et ønske om å gi Konkurransetilsynet samme myndighet som ESA og Kommisjonen har etter rådsforordning 1/2003 art 8.<sup>3</sup> Dette underbygger at praksis fra EU skal ha en viss innvirkning.

Denne avhandlingen vil referere til EU, og praksis derfra. Når jeg i denne masteroppgaven omtaler EU-retten er dette praksis fra EU og EØS. Det foreligger praksis kun fra EU når det gjelder midlertidig vedtak, siden ESA ikke har fremlagt saker hvor det er blitt ansett som nødvendig med midlertidig vedtak.

Med rådsforordning 1/2003 (også henvist til som forordning 1) menes Rådets forordning nr. 1 /2003 av 16. Desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82 (EFT L1/1 av 04.01.2003).

For å grunnngi vekten av EU-praksisen ønsker jeg å sitere NOU 2003:12 side 15:

”Uansett valg av lovmodell må en ny norsk konkurranselov utformes under hensyn til våre forpliktelser etter EØS-avtalen. Det er derfor viktig at utvalget, i sitt arbeid med utarbeidelse av ny konkurranselov, følger den pågående moderniseringsprosessen i EU/EØS og tar hensyn til den utviklingen som her finner sted.”

Her kommer det klart frem at det er viktig at Norge følger sine forpliktelser i forhold til EØS, og at det bør tillegges vekt hva som blir sagt i EU. Men igjen er det viktig å poengtere at det

---

<sup>1</sup> Jfr NOU 2003:12 s 69.

<sup>2</sup> Jfr Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett bind 2*, s 39.

<sup>3</sup> Jfr NOU 2003:12 s. 68 jfr Ot.prop.nr. 6 (2003-2004) s. 72 jfr NOU 2012:7 s 27.

ikke er noe krav til harmonisering i forhold til midlertidig vedtak. Det virker likevel som forarbeidene ønsker at det skal være likhet så langt det lar seg gjøre.

Ved utarbeidelsen av ny lov i 2012 var innholdet i mandatet til utvalget blant annet dette:

”...Erfaringene med loven og EØS-avtalens konkurranseregler, utviklingen i konkurransepolitikken i EU og EØS og behovet for å legge til rette for et effektivt samarbeid i håndhevelsen av konkurransereglene mellom norske konkurransemyndigheter og overvåkningsorganene i EØS og konkurransemyndighetene i EØS-landene, gjør at det er behov for en bredere og mer helhetlig gjennomgang av loven.”<sup>4</sup>

Det ser derfor ut til at de i forarbeidene til lovendringen ønsket å gjennomgå loven for at norsk rett skulle følge utviklingen i EU, slik at de var i overensstemmelse. Dette tilsier at EUs oppfatning skal tillegges vekt. EU-retten har likevel ikke avgjort saker i forhold til midlertidig vedtak etter 2004. Praksis fra tidligere kan likevel være med å belyse hvordan det skal avgjøres. Dette kommer jeg litt tilbake til i punkt 2.5.

Etter krrl § 9 har Konkurransetilsynet kompetanse til å håndheve EØS-avtalens artikkel 53 og 54. (Krrl § 10 og § 11 skal tilsvare disse bestemmelsene i nasjonal rett.) Dette er et utslag av EØS-konkurranseloven § 6 som sier at konkurransemyndighetene skal føre kontroll med EØS art 53 og 54. I TEU tilsvarer dette artikkel 101 (tidl. artikkel 81 TEF, tidl. artikkel 85 TEØF) og artikkel 102 (tidligere artikkel 82 TEF, artikkel 86 TEØF).

Her ser vi derfor at EØS-avtalen og praksis derfra har betydning. I hvor stor grad og på hvilken måte kommer jeg tilbake til nedenfor.

---

<sup>4</sup> Jfr NOU 2012:7 s 9.



## **1.4 Oversikt over oppgaven**

Det videre opplegget vil bestå av en generell del, før jeg går over til hoveddelen med analyser. Til slutt vil jeg ha et sammendrag.

I del 2 vil en rekke begrep, komponenter og bestemmelser blir gjennomgått. Det vil også bli sett på bakgrunn for krrl § 12 (5), og det vil bli gitt en beskrivelse av Konkurransetilsynets kompetanse og lovens system.

Hovedfokuset vil likevel være på del tre og fire. Her vil det bli en analyse av kravet, sikringsgrunnen og kompetansen etter krrl § 12 (5).

Til slutt vil det bli gitt et kort sammendrag av hva jeg har kommet frem til.

## 2 Generelt

### 2.1 Innledning

Ordlyden i konkurranselovens § 12 (5) er som følger:

”Konkurransetilsynet kan dersom det er

a) rimelig grunn til å anta at § 10, § 11 eller forskrift i medhold av § 14 er overtrådt, og

b) fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade, treffe midlertidig vedtak om pålegg etter første ledd. Dette gjelder likevel ikke dersom den vedtaket retter seg mot, påføres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn som vedtaket skal ivareta. Midlertidig vedtak skal treffes for et begrenset tidsrom, men kan forlenges dersom fare for konkurransen består.”

Denne bestemmelsen har en rekke komponenter hvor en del av disse skal omhandles i del 2. Det vil også bli sett på kompetansen til Konkurransetilsynet, lovens system og også hvordan krrl § 12 (1) skal forstås. Grunnen til at jeg omhandler krrl § 12 (1) er at dette er ”grunnpilaren” i bestemmelsen som krrl § 12 (5) også henviser til. Det er viktig å se på krrl § 12 (1) for å kunne se forskjeller og likheter mellom første- og femteleddet. Det vil også bli gått inn på hva som var bakgrunnen for at krrl § 12 (5) ble tatt inn i loven.

Målet er å klarlegge grensene for krrl § 12 (5), for å forstå sammenhenger, og for senere å kunne henvise til dette. I tillegg for å gi en kort beskrivelse av begrep og komponenter som ikke vil bli gitt den samme analysen som kravet, sikringsgrunnen og kompetansen i del tre og fire, men som likevel bør omhandles.

## **2.2 Kort om Konkurransetilsynets kompetanse og lovens system**

### **2.2.1 Konkurransetilsynets kompetanse**

Konkurransetilsynet ble etablert samtidig med at konkurranse-loven av 1993 trådte i kraft 1. januar 1994.<sup>5</sup> Konkurransetilsynets kompetanse fremkommer av konkurranse-lovens § 9:

”Konkurransetilsynet skal føre tilsyn med konkurransen i de forskjellige markeder, herunder ved å

- a) kontrollere at lovens forbud og påbud overholdes,
- b) foreta nødvendige inngrep mot foretakssammenslutninger,
- c) iverksette tiltak for å øke markedenes gjennomsiktighet,
- d) håndheve EØS-avtalen artikkel 53 og 54 og
- e) påpeke konkurranseregulerende virkninger av offentlige tiltak, eventuelt ved å fremme forslag med sikte på å styrke konkurransen og lette adgangen for nye konkurrenter. Dersom Konkurransetilsynet krever det, skal det organ som forestår tiltaket, svare Konkurransetilsynet innen en nærmere angitt frist. I svaret skal det blant annet redegjøres for hvordan de konkurransemessige hensyn vil bli ivaretatt.

Konkurransetilsynet plikter å veilede foretak vedrørende forståelse av denne lov, lovens rekkevidde og dens anvendelse i enkeltsaker.”

Ut fra hva som står i krrl § 9 har konkurransetilsynet en rekke oppgaver. En del av arbeidsoppgavene deres er å være overvåknings- og håndhevingsorgan.

En sak kan enten settes i gang på grunnlag av en klage eller på eget initiativ av tilsynet. I ICA/NorgesGruppesaken var det dagligvareleverandørenes forening som klaget inn saken for konkurransetilsynet.<sup>6</sup>

Hvem som er konkurransemyndigheten fremkommer av konkurranse-lovens § 8; Kongen, Departementet og Konkurransetilsynet. Krrl § 8 sier at konkurransetilsynets ikke kan instrue-

---

<sup>5</sup> Se Konkurransetilsynets nettside ”om oss”.

<sup>6</sup> Jfr, Dagens næringsliv, ”Tilsynet stanser ICA og NorgesGruppen” (2013).

res i enkeltsaker. Det bør likevel bemerkes at Nærings- og fiskeridepartementet er klageorgan, og kan derfor omgjøre vedtaket, jfr krrl § 8 (2). I tillegg kan Kongen pålegge Konkurransetilsynet å ta opp saker til behandling.

Hvert år legger departementet føringer for hvordan Konkurransetilsynet skal arbeide gjennom tildelingsbrevet.<sup>7</sup> Innholdet er blant annet hvilke saker som skal prioriteres, i tillegg til neste års budsjett.

## **2.2.2 Privat og offentlig håndhevelse**

### **2.2.2.1 Innledning**

Konkurranseloven kan håndheves både innenfor et offentligrettslig og et privatrettslig spor, og forskjellen på disse skal her gjennomgås.

#### **2.2.2.2 Offentlig**

Den offentlige håndhevelsen er hvor Konkurransetilsynet griper inn i saker som kan være til skade for konkurransen. I disse tilfellene skal de kun bevare ”konkurransen”, og det er derfor dette som er vurderingstemaet. De har ikke som hensyn å verne enkeltaktørers interesser eller stilling.

Her er Konkurransetilsynets oppgave å ivareta det som er bra, eller å gjøre endringer til det bedre, slik at det er en sunn konkurranse. Det er viktig å fremheve at det er samfunnets interesser som har den overordnede beskyttelsen.

Det foreligger en opplysende sak fra EU som gjelder dette; Bronner.<sup>8</sup> Partene i denne saken var Oscar Bronner og aviskonsernet Mediaprint. Denne saken omhandlet en avis, Mediaprint, som hadde en dominerende stilling i markedet. Spørsmålet var om konkurrerende Mediaprint kunne nekte Bronner å bli del av systemet om direkte levering. Dersom de ikke kunne nekte det, var det anledning for den dominerende avisen å sette betingelser om at Bronner også måtte kjøpe visse tilleggstjenester for å være en del av dette systemet.

---

<sup>7</sup> Jfr Konkurransetilsynet nettside ”om oss”.

<sup>8</sup> Sak C-7/97, Oscar Bronner mot Mediaprint m.fl., avnitt 58

I Bronner uttalte generaladvokaten i forslaget til avgjørelsen:

”...det primære formål med artikkel 86 snarere er at forhindre konkurrencefordreining - og især at sikre forbrugernes interesser - end at beskytte bestemte konkurrenters position. Således kan det f.eks. i et tilfælde, hvor en konkurrent kræver at få adgang til et råstof for derved at blive i stand til på et marked i et efterfølgende produktionsled at konkurrere med den dominerende virksomhed vedrørende et endeligt produkt, være utilstrækkeligt kun at fokusere på den dominerende virksomheds magtposition på det forudliggende marked og konkludere, at det forhold, at virksomheden forbeholder sig selv det efterfølgende marked, automatisk udgør et misbrug. En sådan adfærd har nemlig ikke nogen ufordelagtig følge for forbrugerne, medmindre den dominerende virksomheds endelige produkt i den grad er beskyttet mod konkurrence, at det opnår en magtposition på markedet.”

I Bronner-saken sier de i klartekst at det først og fremst er konkurransen de skal beskytte og vurdere, ikke aktørers posisjoner.

Ofte kan det se ut som at en aktørs posisjon og/eller interesser er tillagt vekt i EU-retten, jamfør Camera Care<sup>9</sup> som blir nærmere omtalt nedenfor. Som oftest er det slik at det er de som har klaget inn saken. Det er naturlig at anmelderens posisjon blir vurdert. I tillegg vurderes hvordan denne aktørens svekkelse påvirker konkurransen.<sup>10</sup> I Camera Care ble det uttalt:

”... for at hindre en situation, som vil kunne medføre alvorlig og uoprettelig skade på den part, som kræver forholdsreglerne bragt i anvendelse....”

Departementet har i ICA/NorgesGruppesaken sagt at det ikke er et vurderingstema hvorvidt en part kommer i en sårbar posisjon ved å tillate eller ikke tillate avtalen. Spørsmålet er om

---

<sup>9</sup> Sak 792/79 R Camera Care Ltd mot Kommisjonen.

<sup>10</sup> Jfr Graver og Hjelmeng, *norsk konkurranserett bind 2*, s 41.

”svekkelsen er så markant at den kan påvirke konkurransen i markedet.”<sup>11</sup> Dette er en god illustrasjon på at det er konkurransesituasjonen som er vurderingstemaet.

### 2.2.2.3 Privat

I den private håndhevelsen er fokuset flyttet til hvordan man skal ivareta de privatrettslige konsekvensene ved brudd på konkurransereglene. Med privat håndhevelse menes at private parter kan gå med sivile søksmål til domstolene for å håndheve brudd på konkurransereglene.

Grunnen til at det foreligger egne regler for private er at det skal foretas en effektiv rettighetsbeskyttelse av deres krav. Det foreligger her et effektivitetsprinsipp hvor essensen er å ikke gjøre det uforholdsmessig vanskelig å få sin rettighet håndhevet.<sup>12</sup> Dette er derfor et alternativ til vedtak fra tilsynsmyndighetene.

Det er klart at brudd på konkurransereglene vil gi konsekvenser for private.<sup>13</sup> Som aktør i det aktuelle markedet hvor det skjer konkurransestridige handlinger, kan man gå til sivilt søksmål. Det vil være en sak for domstolene å bestemme hva som skal gjøres i det aktuelle tilfellet. Et krav er at parten må ha rettslig interesse for å kunne gå til sivilt søksmål. Det vil si at det er krav til hvem som kan gå til søksmål, og at det må også foreligge domstolkompetanse.<sup>14</sup>

På dette området er det ikke lenger slik at vi forholder oss til EU-retten på samme måte som ved offentlig håndhevelse. Det er den nasjonale lovgivningen som først og fremst er aktuell for å løse slike spørsmål. Den private håndhevelsen kan føre til forføyning eller forbud.<sup>15</sup>

I enkelte tilfeller kan det også bli snakk om et erstatningskrav overfor de private parter, og dette er også blitt gjort i en sak i EU-domstolen, ”Courage”-saken<sup>16</sup>. I Norge ble det sagt i

---

<sup>11</sup> Jfr Departementets vedtak, s 43.

<sup>12</sup> Jfr Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett bind 2*, s 162.

<sup>13</sup> Jfr Graver og Hjelmeng, *norsk konkurranserett bind 2*, s 158.

<sup>14</sup> Jfr Graver og Hjelmeng, *norsk konkurranserett bind 2*, s 165.

<sup>15</sup> Ot.prop.nr 6 (2003-2004) s 189.

<sup>16</sup> Jfr Sak C453/99, CourageLtd mot Bernhard Crehan.

forarbeidene til loven at overtredelse av konkurranseloven også kan føre til erstatningsansvar.<sup>17</sup>

I del 3, kommer jeg til å se nærmere på midlertidig forføyning etter tvistelovens regler i forhold til beviskravene.

## **2.2.3 Konkurranselovens § 12 (1)**

### **2.2.3.1 Innledning**

Konkurranselovens § 12 første ledd lyder som følger:

”Konkurransetilsynet kan pålegge foretak eller sammenslutninger av foretak som overtrer forbudene i § 10, § 11 eller i forskrift i medhold av § 14, å bringe overtredelsen til opphør. Pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør. Strukturelle tiltak kan bare pålegges dersom det ikke finnes like effektive atferdsregulerende tiltak, eller dersom et atferdsregulerende tiltak vil være mer byrdefullt for foretaket.”

Dette leddet i bestemmelsen har i likhet med § 12 (5) bakgrunn i rådsforordning 1/2003, men her i artikkel 7.

Det er klart at det skal mer til å pålegge noe etter § 12 (1) enn det vil være etter § 12 (5) siden det etter førsteleddet vil være av en avsluttende og varig virkning. Nedenfor vil beviskravene for dette gjennomgås.

Det er viktig å bemerke at krrl § 12 (1) er hjemmelen for endelig vedtak etter at det er fattet midlertidig vedtak. Det er krrl § 12 (1) som kan konkludere med opphør av adferd, avtale eller lignende med endelig virkning. Det kan også fattes endelig vedtak etter krrl § 12 (1) uten at det er fattet midlertidig vedtak tidligere.

---

<sup>17</sup> Jfr Ot.prop. nr. 6 (2003-2004) s 189.

Kravet for at man skal kunne gripe inn er at det gjelder et ”foretak som overtrer forbudene”, og disse forbudene er da ”§ 10, § 11 eller i forskrift i medhold av § 14”.

### 2.2.3.2 Krav om overtredelse

Når det gjelder foretak som overtrer forbudene blir spørsmålet hvor mye fastleggelse av faktum som må til for at dette vilkåret i krrl § 12 (1) er overtrådt.

Utgangspunktet for konkurranselovens regler er at det er administrative vedtak som behandles etter tvistemålslovens regler.<sup>18</sup> Bevisets styrke i strafferett og sivilprosess er forskjellig. I straffesaker skal en hver rimelig og fornuftig tvil komme tiltalte til gode, mens i sivile saker er det nok med sannsynlighetsovervekt. Selv om dette er utgangspunktet i krrl, er det likevel fire forskjellige terskler for når det kan gripes inn:

1. Som allerede nevnt er simpel sannsynlighet hovedregelen, og det er dette som gjelder for krrl § 12 (1).
2. I denne avhandlingen kommer ”rimelig grunn til å anta” til å bli grundig omhandlet siden det er kravet til bevis i krrl § 12 (5). Her er det ikke krav til sannsynlighetsovervekt.<sup>19</sup> Dette kravet kommer til å bli nærmere drøftet i punkt 3.
3. Videre har vi i § 29, i forhold til overtredelsesgebyr, hatt en diskusjon om hvor mye som kreves for at kravet til sannsynlighet er tilfredsstilt, siden det er et vilkår om at det må være gjort ”uaktsomt eller forsettlig”.

Det ble i NOU 2003:12 s 131 foreslått av Konkurranseutvalget at det skulle være ”klar sannsynlighetsovervekt”. Dette var departementet ikke enig i, og de uttalte:

”Det foreligger ikke særlige hensyn i slike saker som tilsier at det skal oppstilles spesielle krav til bevisets styrke”<sup>20</sup>.

---

<sup>18</sup> Jfr Evensen og Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurranseloven med kommentarer*, s 755.

<sup>19</sup> Jfr Ot.prop,nr 6 (2003-2004), s 72.

<sup>20</sup> Jfr Ot.prp.nr.6 (2003-2004) side 117.



Dette sluttet flertallet i Stortinget seg til.<sup>21</sup>

I ettertid har likevel dette blitt fraveket av høyesterett, blant annet i Rt 2012 s. 1556 hvor det ble konkludert med at det kreves klar sannsynlighetsovervekt for å kunne gi overtredelsesgebyr.<sup>22</sup> De kom i denne avgjørelsen til, etter å ha trukket inn EMK artikkel 6, at overtredelsesgebyr kan ses på som straff og derfor krever mer enn simpel sannsynlighetsovervekt, jfr også Rt 2011 s.910.

Videre uttalte Høyesterett:

”Jeg er enig med staten i at det av EU-domstolens praksis neppe kan utledes et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt. Men jeg har på den annen side vanskelig for å se at denne praksis kan gi særlig støtte til at alminnelig sannsynlighetsovervekt skulle være tilstrekkelig.”<sup>23</sup>

Konklusjonen ble derfor at det kreves kvalifisert sannsynlighetsovervekt i krrl § 29.

4. I tillegg har vi en fjerde terskel, nemlig straff i forhold til krrl § 32, som følger terskel i forhold til bevisets styrke i straffesaker. Her kreves det, som nevnt over, at en hver rimelig og fornuftig tvil skal komme tiltalte til gode. Dette er da snakk om tilnærmet sikkerhet for å kunne anvende denne bestemmelsen.

Tanken bak krrl § 12 (1) er at den skal stoppe overtredelse på ”§ 10, § 11 eller i forskrift i medhold av § 14”, slik at det ikke skjer skade på konkurransen.<sup>24</sup> Det blir tatt en endelig beslutning etter § 12 (1), og det har innvirkning for de aktørene det gjelder. Det må derfor kreves en viss sikkerhet om hvorvidt det foreligger et brudd. Kravet i krrl § 12 (1) er simpel sannsynlighet.

---

<sup>21</sup> Jfr Innst.O.nr.50 (2003-2004) s 41.

<sup>22</sup> Jfr Rt.2012.1556 avsnitt 60.

<sup>23</sup> Jfr Rt. 2012.1556 avsnitt 58.

<sup>24</sup> Jfr NOU 2012:7, side 25.

Preventive vedtak, i form av at man stopper en adferd og/eller handling før det har skjedd et brudd, kan ikke gis. Slike vedtak må sies å være i strid med § 12 første ledd, siden bruddet ikke "er" skjedd. Dersom det var meningen at forsøk på slike handlinger skulle være i strid med loven, burde dette komme frem av bestemmelsen, ellers ville det ikke gi noen god forutberegnelighet. Tilsynsmyndighetene skal derfor ikke gå inn i saker for å foreta forebyggende tiltak.<sup>25</sup>

### 2.2.3.3 Vedtaket forbyr gjentakelse

Dersom konkurransemyndighetene pålegger eller stanser noe i medhold av § 12 (1) forbyr de denne type handling både i nåtid og for fremtiden.<sup>26</sup> Ergo kan man ikke gjenta samme type handling i den tro at det da skal være lov, med mindre det har skjedd endringer i konkurranse-situasjonen som åpner for dette.

---

<sup>25</sup> Magnus (Kolstad; red), *Misbruk av dominerende stilling*, s. 438 og 439.

<sup>26</sup> Jfr NOU 2003:12 side 67.

## 2.3 Paragrafene 10, 11 og forskrift i medhold av paragraf 14

Anvendelse av § 12 (5) stiller krav om at det skal være rimelig grunn til å anta brudd på § 10, 11 eller 14. I denne oppgaven kommer jeg ikke til å gå inn på en inngående drøftelse av når det foreligger brudd på krrl ”§ 10 eller 11 eller forskrift i medhold av § 14”, men kun si kort hva som er innholdet i de ulike bestemmelsene.

I tillegg blir det et spørsmål om hva som ligger i ”rimelig grunn”. Her er det flere mulige vilkår. Det er nok at det er grunn til å anta at det er brudd enten på krrl § 10, 11 eller forskrift i medhold av § 14.

Krrl § 10 første ledd lyder som følger:

”Enhver avtale mellom foretak, enhver beslutning truffet av sammenslutninger av foretak og enhver form for samordnet opptreden som har til formål eller virkning å hindre, innskrenke eller vri konkurransen, er forbudt, særlig slike som består i

- a) å fastsette på direkte eller indirekte måte innkjøps- eller utsalgspriser eller andre forretningsvilkår,
- b) å begrense eller kontrollere produksjon, avsetning, teknisk utvikling eller investeringer,
- c) å dele opp markeder eller forsyningskilder,
- d) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen,
- e) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden. ”

Sammenfattet kan vi si at krrl § 10 (1) sier at det ikke er lovlig med avtaler eller sammenslutninger som hindrer, innskrenker eller vrir konkurransen. I de videre leddene i bestemmelsen følger det virkninger, presiseringer og begrensninger av førsteleddet som jeg ikke finner hensiktsmessig å gå mer inn på her.

Det er oppstilt flere vilkår som må være oppfylt for at krrl § 10 (1) skal være anvendbar:

- 1) Foretakskriteriet; Samarbeidet må være mellom uavhengige foretak.<sup>27</sup>
- 2) Samarbeidskriteriet; det må foreligge enten en avtale eller en opptreden som er samordnet.
- 3) Konkurransebegrensningskriteriet; Virkningen eller formålet med samarbeidet må føre til konkurransebegrensning. Det må altså skje en innskrenkning, vridning eller hindring av konkurransen på grunn av samarbeidet. Her er det en stor forskjell på de ulike samarbeidene. Noen er brudd med regelen etter sin art, slik som eksempelvis priskarteller. I andre tilfeller må det foretas en nærmere analyse om det er konkurransebegrensende.
- 4) Merkbarhetskriteriet; Avtalen eller opptreden må føre til en merkbar påvirkning på konkurransen.<sup>28</sup>

Dette er kumulative krav som må være oppfylt for at det skal være brudd på krrl § 10.<sup>29</sup>

Innholdet av krrl § 11 er:

”Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår,
- b) å begrense produksjon, avsetning eller teknisk utvikling til skade for forbrukerne,
- c) å anvende overfor handelspartnere ulike vilkår for likeverdige ytelser og derved stille dem ugunstigere i konkurransen
- d) å gjøre inngåelsen av kontrakter avhengig av at medkontrahentene godtar tilleggsytelser som etter sin art eller etter vanlig forretningspraksis ikke har noen sammenheng med kontraktsgjenstanden.”

---

<sup>27</sup> Jfr Evensen og Sæveraas, *Konkurranseloven EØS-konkurranseloven med kommentarer*, side 101

<sup>28</sup> Jfr Evensen og Sæveraas, *Konkurranseloven EØS-konkurranseloven med kommentarer*, side 98.

<sup>29</sup> Jfr Evensen og Sæveraas, *Konkurranseloven EØS-konkurranseloven med kommentarer*, side 98.

Også denne bestemmelsen er der for å opprettholde konkurranse i markedet. Dersom de dominerende selskapene kunne gjøre som de ville, kunne dette ha til virkning at de fikk enda sterkere markedsposisjon fordi ingen kunne konkurrere med de. Det kunne utvikle seg til monopol på viktige varer. Bestemmelsen er der for å begrense muligheten for de dominerende selskapene, gjennom sin maktposisjon, blant annet kan diktere innkjøps- og utsalgspriser, redusere innovasjon og vareutvalg, diskriminere leverandørenes varemerker kontra egne varemerker, inngå underleverandøravtaler og vertikal integrasjon bakom varekjeden.

I tillegg har vi krrl § 14 som sier:

”Dersom det er nødvendig for å fremme konkurransen i markedene, kan Kongen ved forskrift gripe inn mot vilkår, avtaler og handlinger som begrenser eller er egnet til å begrense konkurransen i strid med lovens formål.”

Krrl § 14 ble tatt med i loven for å også kunne stoppe konkurransebegrensende praksis som ikke er omfattet av § 10 og 11.<sup>30</sup>

Dersom det var spørsmål omkring brudd på krrl § 14 førte ikke dette tidligere til midlertidig vedtak etter konkurranseloven av 2004. Den kom først inn ved lovendring i krrl § 12 (5).<sup>31</sup> Før 2014 var det derfor kun brudd med § 10 og 11 som kunne føre til midlertidig vedtak. Dette er nå endret.

---

<sup>30</sup> Jfr Ot.prop. nr. 6 (2003-2004) s 228.

<sup>31</sup> Jfr NOU 2012:7 (2012) s 202 jfr Prop. 75 L s 144.

## 2.4 Konkurranseregulering

I forhold til ”konkurranseregulering” vil det kun bli gitt en kort forklaring av begrepet.

Utgangspunktet er at det skal være en fri konkurranse hvor det er markedet som styrer prisene gjennom tilbud og etterspørsel. Det skal være en kamp mellom ulike aktørene for å vinne markedsandeler og kunder. Fri konkurranse anses i den vestlige verden som det beste middel til å oppnå samfunnsøkonomisk effektivitet.<sup>32</sup> Det er ikke fornuftig å ha en eller flere store aktører som styrer markedet.

Dette er i overensstemmelse med formålsbestemmelsen i krrl § 1 som sier: ”Lovens formål er å fremme konkurranse for derigjennom å bidra til effektiv bruk av samfunnets ressurser.” I forarbeidene til formålsbestemmelsen, krrl § 1, står det at formålet med loven er å «bidra til en effektiv ressursbruk i samfunnsøkonomisk forstand».<sup>33</sup>

Krrl § 1 legger også til at dette skal ses utfra et forbrukerhensyn. Dette kan tilsi at det i noen tilfeller ikke vil være den mest effektive ressursbruken som legges til grunn, siden en gruppes interesser som skal ivaretas. Det er viktig å huske at konkurranse som regel er det som tjener til forbrukerens beste gjennom utvalg, pris og kvalitet.<sup>34</sup> Sunn konkurranse og hensyn til forbrukerne er som regel i overensstemmelse, i hvert fall på lang sikt.

Dersom konkurransen blir for svak kan det gå ut over forbrukerne blant annet ved at de må betale overpris til de store aktørene. Ved nødvendighetsgoder blir forbrukerne enda mer sårbare dersom et monopol eller et marked med få aktører velger å skru opp prisene på varene. Grunnen til at det i visse tilfeller velges å fatte midlertidig vedtak, er at man er redd for at det skal ha langsiktige virkninger på markedet som ikke lar seg gjenopprette ved et senere opphør.<sup>35</sup> Har det først blitt endringer i bedriftsstrukturen, distribusjonssystemer etc. kan dette være vanskelig å gjenopprette på et senere tidspunkt. Dette kommer jeg tilbake til under drøftelsen av sikringsgrunnen.

---

<sup>32</sup> Jfr, Evensen og Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-loven med kommentarer*, s 26.

<sup>33</sup> Jfr Ot.prp nr 6 (2003-2004) s 221.

<sup>34</sup> Jfr Innst.O. nr. 50 (2003-2004) s 31.

<sup>35</sup> Jfr Ot.prop nr 6 (2002-2003) s 72.

## 2.5 Bakgrunn for Konkurranseloven § 12 femte ledd

Bakgrunnen for krrl § 12 (5) er, som tidligere nevnt, rådsforordning 1/2003 artikkel 8.

Målet med denne bestemmelsen i norsk lovgivning er at tilsynsmyndigheten skal ha samme myndighet som ESA.<sup>36</sup>

Forordning av 2003 nr 1 artikkel 8 lyder som følger:

"I hastetilfælde, hvor der er risiko for alvorlig og ubodelig skade på konkurrencen, kan Kommissionen på eget initiativ træffe beslutning om foreløbige forholdsregler, hvis der umiddelbart set foreligger en overtrædelse. En beslutning i henhold til stk. 1 gælder i et bestemt tidsrum og kan fornys, i det omfang det er nødvendigt og hensigtsmæssigt."

Bakgrunnen for at rådsforordningen av 2003 lovfestet midlertidig vedtak gjennom forordning 1 artikkel 8, er at de innfortolket en slik adgang gjennom den alminnelige påbudsadgangen som fulgte av forordning 17 art 3 i saken mellom Camera Care og Kommisjonen i 1983. Etter at praksis fortsatte å innfortolke en slik adgang så de derfor at det var nødvendig med en slik regel, og derfor forordning 1.<sup>37</sup>

Camera Care var en virksomhet som drev med reparasjon, utleie og salg av profesjonelt foto-utstyr, og disse klaget over Kommisjonens beslutning i forholdet mellom seg selv og selskapene Hasselblad. Saken omhandlet at Hasselblad hadde opphevet en avtale. Grunnen til at de opphevet avtalen var at de nektet salg av fotoapparater til andre enn Hasselblads forhandlere. Dette mente Camera Care var i strid med konkurransereglene. De la ned påstand om at det skulle fattes midlertidig vedtak slik at de fikk levert leveransene som tidligere inntil endelig avgjørelse forelå.

Direkte utfra ordlyden kunne det ikke fortolkes noen hjemmel om "midlertidig vedtak" etter forordning nr. 17 artikkel 3, men Retten tolket dette inn i bestemmelsen. Dette var derfor første gangen de brukte denne bestemmelsen på en slik måte, som senere førte til bestemmelsen i

---

<sup>36</sup> Jfr NOU 2003:12 s 68.

<sup>37</sup> Sak 792/72 Camera Care Ltd mot Kommisjonen.

forordning 1/2003 artikkel 8. Selv om kompetansen etter disse to hjemlene er noe forskjellig, er det likevel antatt at praksis fra forordning 17 vil ha betydning.<sup>38</sup>

Begrunnelsen for at de innfortolket en slik rett var følgende:

"Det må erkendes, at der under visse omstændigheder kan være behov for at træffe sikrende forholdsregler, når visse virksomheders konkurrencemæssige praksis griber i visse medlemsstaters interesser, er til skade for andre virksomheder eller på uacceptabel måde bringer Fællesskabets konkurrencesystem i fare. ... Foreløbige forholdsregler bør ... kun træffes i tilfælde, hvor der godtgøres at foreligge uopsættelighed, og for at hindre en situation, som vil kunne medføre alvorlig uoprettelig skade for den part, som kræver forholdsreglerne bragt i anvendelse, eller en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres."<sup>39</sup>

Retten så det som nødvendig å ha en slik bestemmelse for at konkurransen ikke skulle bli skadelidende i de tilfellene hvor det tok tid å fatte en beslutning.

I de norske forarbeidene til konkurranseloven er det sagt at: "Vilkårene kan sammenlignes med hhv krav og sikringsgrunn i sivilprosessen".<sup>40</sup> Etter min oppfatning mener de at de følger den samme strukturen med "sikringsgrunn" og "krav". Tvisteloven vil derfor bli nærmere vurdert senere i denne avhandlingen.

Konkurransetilsynet har i forhold til krrl § 12 (5) uttalt:

"Det bemerkes at formålet med regelen er å sikre at markedet fungerer tilfredsstillende i tilfeller hvor det kan ta tid før endelig vedtak foreligger i saken, og hvor det er preserende at Konkurransetilsynet foretar skritt ut over hva som følger av ordinær saksbehandling".<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Jfr Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranselov bind 2* s 39

<sup>39</sup> Sak 792/79 R, Camera Care Ltd mot Kommisjonen.

<sup>40</sup> Jfr NOU 2012:7 s 27.

<sup>41</sup> Se A2006-67, Den Norske Boligbørs AS.



Hovedhensynet bak konkurranselovens § 12 (5) er å beskytte konkurransen. I mange tilfeller kan det ta lang tid før endelig vedtak foreligger siden det tar tid før all informasjon om saken er innhentet og fremlagt. Derfor er det viktig å fatte midlertidig vedtak inntil endelig vedtak foreligger, slik at aktørene vet hvordan de skal forholde seg, og dermed vet hva som er deres plass i markedet. I tråd med dette er det slik at markedet endrer seg raskt, og derfor kan et brudd som ikke opphører raskt få store konsekvenser. Dersom man tillater en opptreden frem til endelig vedtak, kan dette føre til endringer mellom aktørene det direkte gjelder og også markedet som helhet. Disse store endringene i markedet på forholdsvis kort tid kan føre til irreversible konsekvenser av en avtale. Dersom ikke avtalen stoppes, vil den tidligere konkurransesituasjonen muligens ikke kunne gjenopprettes på et senere tidspunkt.

Essensen av denne forskjellen framkommer i ICA/NorgesGruppesaken;

- a) departementet opphevet det midlertidige vedtaket i forhold til innkjøpssamarbeidet, mens
- b) avtalen om distribusjon forblir under midlertidig opphør frem til endelig avgjørelse foreligger.

Grunnlaget for dette skillet kommer jeg tilbake til i punkt 3.3.2.

## 3 Krav og sikringsgrunn

### 3.1 Innledning

Ordlyden til krrl § 12 (5) har en rekke kumulative vilkår som må være oppfylt for at man skal kunne treffe et midlertidig vedtak, og en del av disse er gjennomgått ovenfor. I denne delen av oppgaven vil kravet og sikringsgrunnen bli gjennomgått. Kravet i krrl § 12 (5) er at det er ”rimelig grunn til å anta at et foreligger brudd på § 10, 11 eller 14. Videre kommer jeg til å omhandle ”sikringsgrunnen”, som er at det må foreligge en fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade. Til slutt vil også klageadgangen bli gjennomgått.

### 3.2 ”Rimelig grunn” til å anta at det foreligger et brudd

#### 3.2.1 Konkurranseloven

En vanlig språklig forståelse av ”rimelig grunn” er at det i ikke er et krav til sikkerhet. Det kan ikke kreves at det skal sannsynliggjøres at det klart foreligger brudd, men det må foreligge *noe* som tilsier brudd. Ordlyden sier ikke hvor mye som faktisk kreves. I uttrykket ”rimelig grunn” ligger det likevel en indikasjon om at må finnes holdepunkter om at det foreligger brudd. Det kan også hevdes at terskelen for å gripe inn vil variere ut fra hvor inngripende et vedtak vil være.<sup>42</sup>

I forarbeidene til midlertidig vedtak etter § 12 står det at drøftelsen av hvorvidt det er en ”rimelig grunn”, skal tas på bakgrunn av de opplysninger Konkurransetilsynet har på dette tidspunktet. Den vurderingen som blir tatt kan overprøves av departementet. Videre sier forarbeidene at det ikke er et krav om sannsynlighetsovervekt.<sup>43</sup>

Sammenligner vi med vilkårene i krrl § 12 (1), ser vi at terskelen for å gripe inn er forskjellig. Krrl § 12 (1) bruker begrepet ”er”, og som omtalt overfor må det her foreligge simpel sannsynlighet for å gripe inn. I tillegg kan vi ikke foreta preventive vedtak etter § 12 (1).<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Se Sak T-184/01 R, IMS Health Inc mot Kommisjonen.

<sup>43</sup> Jfr Ot.prop nr 6 (2003-2004), s 72.

<sup>44</sup> Evensen og Sæveraas, *Konkurranseloven og EØS-konkurransenloven med kommentarer*, side 433.

I henhold til krrl § 12 (5) kan det gripes inn allerede der det er ”grunn til å anta”, noe som er en lavere terskel. Krrl § 12 (5) kan, slik jeg ser det, oppfattes som en form for preventivt vedtak. Konkurransemyndighetene stopper en handling før det er over femti prosent sannsynlighet for at det er skjedd brudd med konkurranselovens §§ 10, 11 eller forskrift i medhold av § 14. Grunnen til at et slikt inngrep tillates med en såpass lav terskel må være:

- at det skal foretas en forholdsmessighetsdrøftelse før det gripes inn,
- at det skal gjelde for et begrenset tidsrom, og
- at beskyttelse av konkurransen anses som det primære.

I loven står det en jamføring fra ”rimelig grunn” til krrl § 25 som også omhandler ”rimelig grunn”, og dette tilsier en lik vurdering av dette vilkåret i de to bestemmelsene. I forarbeidene til § 25 sies det at det er nok at det er ”grunn til å anta” at loven er overtrådt objektivt sett.<sup>45</sup> Slik jeg tolker henvisningen mellom disse bestemmelsen, må dette også gjelde for § 12 (5). Noe som er naturlig. Forarbeidene til § 25 sier i likhet med forarbeidene til § 12 (5) at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt.

For å underbygge dette siterer jeg forarbeidene av 2012: ”«Rimelig grunn til å anta» representerer en lavere terskel for når bevissikring kan foretas enn «skjellig grunn til mistanke», som er kravet for å gjennomføre ransaking og beslag etter straffeprosessloven § 192 og §203”<sup>46</sup> Når det gjelder ”skjellig grunn til mistanke” i straffeprosessen er det sagt at det skal være mer sannsynlig at den mistenkte har gjort det enn at den ikke har gjort det.<sup>47</sup> Slik jeg forstår disse uttalelsene er det ikke krav til sannsynlighetsovervekt ved bevissikring etter krrl § 25, mens det er det etter straffeprosesslovens regler. Dette underbygger det som tidligere er sagt, at det er en lik terskel for å gripe inn etter § 25 og § 12 (5).

---

<sup>45</sup> Jfr NOU 2003:12 s 168.

<sup>46</sup> Jfr Prop. 75 L (2012-2013) s 81.

<sup>47</sup> NOU 2003:12 s 173

I tillegg sier forarbeidene til krrl § 25 at det i forhold til bevissikring er nok at Konkurransetilsynet har ”indikasjoner på ulovligheter i markedet ved at markedet for eksempel preges av prislikhet eller at det foreligger opplysninger om at prisspørsmål har vært diskutert....”<sup>48</sup>

Hensynene bak krrl § 25 er at Konkurransetilsynet kan sikre bevis før de eventuelt blir ødelagt eller endret, og det er derfor ikke noe krav om varsling. Bevissikring i krrl § 25 grenser opp mot straffeprosesslovens regler om bevissikring, hvor terskelen for å gripe inn er annerledes. Det er derfor viktig å poengtere at krrl § 25 gjelder dokumenter som skal sikre bevis i forhold til overtredelse av konkurranseloven, ikke dokumenter om noe straffbart i forhold til straffeloven.

Den overordnede grunnen til hjemmelen i krrl § 12 (5) er at konkurransemyndighetene må foreta seg noe raskt slik at de opprettholder konkurransesituasjonen. Dagens konkurransesituasjon blir opprettholdt gjennom det midlertidige vedtaket. I krrl § 25 sikrer konkurransemyndighetene seg bevis for senere dokumentere brudd på loven.

8. april 2014 gikk Konkurransetilsynet inn i Bladcentralen, Cappelen Damm, Gyldendal, Schibsted og Aschehoug uanmeldt for å sikre seg bevis i henhold til krrl § 25. Bakgrunnen for bevisinnhenting var at de hadde mistanke om leveringsnekt av bøker til dagligvarebutikker og kiosker. Her var en rekke personer ute og avklarte at det ikke foreligger krav om sannsynlighetsovervekt for en slik razzia, siden det kun er krav om ”rimelig grunn til å anta”. Det ble uttalt:

”Razzia er altså ikke ensbetydende med at bedriften har gjort noe lovstridig, eller at lovbrudd i det hele tatt er sannsynlig, selv om krigstyper i media kanskje skulle tilsi noe annet. Myndighetene er ikke ufeilbarlige.”<sup>49</sup>

Merk likevel at sluttresultatet er det samme både i forhold til midlertidig vedtak og bevissikring; nemlig å beskytte konkurransen. Etter krrl § 25 er det usikkerhet omkring hvorvidt det er

---

<sup>48</sup> Jfr Ot.prop. nr. 6 (2003-2004) s 237.

<sup>49</sup> Jfr Finansavisen, 10.04.14, *Razzia i bokbransjen*.

skjedd en handling, mens det etter krrl § 12 (5) er usikkerhet om handlingen er ulovlig eller ikke. Altså, begrepet ”rimelig grunn til å anta” gjelder tilfeller på to forskjellige nivåer.

Vi kan derfor stille spørsmål om terskelen for å si at det er ”rimelig grunn til å anta” vil bli annerledes fordi det gjelder to forskjellige situasjoner. Det at det samles inn bevis, tilsier ikke direkte at aktørene må endre et handlingsmønster de har startet. Ei heller at det er skjedd en handling. I motsatt fall har vi midlertidig vedtak som gir pålegg om endring av tiltenkt handling. Ut fra inngrepets art kan det hevdes at det bør være forskjellig terskel for å kunne gripe inn etter § 12 (5) kontra § 25. Selv om det blir innhentet bevis kan aktøren(e) fortsette på samme måte som planlagt, mens tiltenkte handlinger må endres ved midlertidig vedtak. Det kan derfor være vanskelig å finne likhetstrekk mellom disse drøftelsene som tilsier at det er den samme terskelen som gjelder, siden det ikke er det samme som skal vurderes.

Ut fra forarbeider og henvisninger i loven er det likevel klart at det skal være en lik terskel i de to bestemmelsene når det gjelder drøftelsen ”rimelig grunn til å anta”.

### **3.2.2 Sammenligning med praksis fra Norge**

#### **3.2.2.1 Kort oversikt over ICA/NorgesGruppesaken**

Avtalen mellom ICA og NorgesGruppen var den første i norsk praksis som har blitt stoppet ved å fatte ”midlertidig vedtak” etter krrl § 12 (5). Både Konkurransetilsynets- og departementets vurdering av klagen på Konkurransetilsynets vedtak vil bli brukt som grunnlag for å belyse hva og hvordan man skal vurdere vilkårene i krrl § 12 (5).

I Norge er det i dag fire store og en mindre aktør på dagligvaremarkedet. I 2012 hadde NorgesGruppen 38,5 prosents markedsandel, Coop 23,3 prosent, Rema 22,2 prosent, ICA 12,3 og Bunnpris 3,7 prosent på landsbasis.<sup>50</sup> Her ser vi at NorgesGruppen er forholdsvis store, sett i forhold til de andre. Saken omhandlet ikke først og fremst NorgesGruppens dominerende stilling, men at de hadde inngått avtale med ICA. Spørsmålet var derfor om det var grunn til å anta at denne avtalen var et brudd på krrl § 10.

---

<sup>50</sup> Se Departmentets vedtak, side 2.

Innholdet i avtalen mellom NorgesGruppen og ICA var at de ønsket å samarbeide om deler av distribusjonen og innkjøpene. Avtalen ble offentliggjort 14. januar 2013. Etter planen skulle den iverksettes fra 1. april 2013. Den 26. februar 2013 varslet Konkurransetilsynet at de muligens kom til å vedta en midlertidig oppheving inntil de kunne fatte endelig vedtak. Den 19. april, 18 dager etter at avtalen egentlig skulle vært iverksatt, vedtok Konkurransetilsynet midlertidig opphør av avtalen. Det midlertidige vedtaket om opphør fra Konkurransetilsynet gjaldt både innkjøps- og distribusjonssamarbeidet.

Ica og NorgesGruppen klaget deretter på vedtaket om midlertidig opphør til Fornyings-, Administrasjons- og Kirkedepartementet (som nå er Nærings- og Fiskeridepartementet), henholdsvis 30. april og 3. mai.<sup>51</sup> Det midlertidige vedtakets innhold ble endret etter at departementet hadde vurdert saken. Departementet opphevet den delen av det midlertidige vedtaket som gjaldt innkjøpssamarbeidet, og ICA og NorgesGruppen kunne derfor fortsette innkjøps-samarbeidet. Det midlertidige vedtaket om opphør av distribusjonssamarbeidet ble derimot videreført.

Det midlertidige vedtaket skulle først gjelde til 30. september 2013 med mulighet for forlengelse.<sup>52</sup> Vedtaket ble forlenget, først til 10. januar 2014<sup>53</sup> og deretter til 28. februar 2014.<sup>54</sup>

### 3.2.2.2 "Rimelig grunn til å anta"-drøftelsen i ICA/Norgesgruppesaken

Vedrørende ICA- og Norgesgruppesaken mente Konkurransetilsynet at det forelå tre forskjellige konkurransebegrensende virkninger som de derfor anså for å være "rimelig grunn til å anta" var i strid med § 10, 11 eller forskrift i medhold av § 14. De mente dette ville føre til

- koordinerte virkninger på detaljist-leddet,
- mindre konkurranse mellom ICA og NorgesGruppen ved ikke-koordinert adferd,
- og dessuten ville NorgesGruppens kjøpermakt styrkes.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Jfr Konkurransetilsynets faktaark- prosessen så langt.

<sup>52</sup> Jfr Konkurransetilsynet faktaark– om Ica/Norgesgruppesaken.

<sup>53</sup> Jfr Konkurransetilsynet faktaark- prosessen så langt.

<sup>54</sup> Jfr Konkurransetilsynet faktaark– prosessen så langt.

<sup>55</sup> Se Departementets vedtak s 5.

Departementet kom frem til at avtalen med ”rimelig grunn” førte til konkurransebegrensende virkninger, og tok derfor ikke standpunkt til de to andre grunnene Konkurransetilsynet hadde lagt frem.<sup>56</sup> Vi ser at det er tilstrekkelig med *en* grunn til at det er ”rimelig grunn til å anta” brudd. Det trengs ikke flere grunner for å styrke argumentasjonen for at det foreligger ”rimelig grunn”.

Vi ser likevel at Konkurransetilsynet har gjort det i denne saken. Grunnen kan være at de i større grad skal kunne imøtegå argumentasjonen fra partene. De vet at det er stor sannsynlighet for klage fra partene som senere blir overprøvd. Dette gir muligens et sterkere grunnlag for den avgjørelsen Konkurransetilsynet har konkludert med, og derfor større mulighet til å få medhold når vedtaket blir overprøvd i departementet.

Når det gjaldt vurderingen av ”rimelig grunn til å anta” sa departementet, i likhet med forarbeidene, at det etter naturlig språklig forståelse stilles:

”visse krav til bevisene, men ikke et krav om sannsynlighetsovervekt for at loven er brutt.”<sup>57</sup>

Videre sa departementet at det ikke kan være grunn til at det i noen tilfeller snakkes om ”skjerpet beviskrav” i forhold til denne vurderingen. Dette er heller ikke nevnt verken i ordlyd eller forarbeider.<sup>58</sup>

Departementet sa at når konkurransemyndighetene skal vurdere hvorvidt en avtale har konkurransebegrensninger, skal de se for seg situasjonen med og uten avtalen. Deretter skal de vurdere om det er store endringer, og om disse ødelegger konkurransen.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Se Departementets vedtak s 31.

<sup>57</sup> Se Departementets vedtak s 17.

<sup>58</sup> Se Departementets vedtak s 17.

<sup>59</sup> Se Departementets vedtak s 25.

### 3.2.3 EU

Trekker vi linjer til EU-retten, ser vi at de har brukt en annen betegnelse enn ”rimelig grunn til å anta” for å gripe inn med midlertidige vedtak. Her er det ”umiddelbart set” som er vilkåret som må oppfylles.<sup>60</sup> Retten har i flere saker uttalt at det ikke skal stilles de samme kravene her som til vedtak av endelig beslutning.<sup>61</sup>

En sak jeg vil trekke frem er La Cinq,<sup>62</sup> som var et fransk selskap som drev med tv-virksomhet, mot Kommisjonen.

Også denne saken ble avgjort etter artikkel 3 i forordning 17, slik som Camera Care. Det var ”Den Europæiske Radiounion”, heretter kalt EBU, som ble klaget inn av La Cinq. EBU var en organisasjon som skulle ivareta medlemmenes juridiske og tekniske interesser i tillegg til å fremme et samarbeid mellom medlemmene.

La Cinq klaget inn saken fordi de gjentatte ganger hadde søkt medlemskap uten å få dette innvilget. De mente derfor de hadde blitt forskjellsbehandlet av EBU. Grunnen til at de ønsket medlemskap var at de ønsket seg den direkte kontraktsmessige adgangen til EBU's tjenesteytelser. De fremhevet at EBU drev kartellvirksomhet i strid med loven og/eller misbruk av dominerende stilling, som derfor førte til konkurransebegrensende adferd. La Cinq mente derfor at Kommisjonen måtte foreta et midlertidig vedtak og innvilge medlemskap for La Cinq i EBU, i hvert fall inntil endelig vedtak forelå om hvorvidt det var et brudd. Her begrunnet La Cinq anmodningen om midlertidig vedtak med at de selv ble økonomisk skadet, og derfor mente de at markedet også ble skadet. Kommisjonen fulgte ikke anmodningen fra La Cinq, og de klaget saken videre. Den ble deretter tatt opp til Retten.

I saken om La Cinq sa Kommisjonen i sin vurdering at det måtte foreligge en ”klar og åpenbar” overtredelse av konkurransereglene for å treffe en midlertidig forføyning. ”Klar og åpenbar” kan tilsi at det kreves sannsynlighetsovervekt. Dette ble kritisert av Retten, og de sa:

---

<sup>60</sup> Som tidligere nevnt kan praksis fra før kompetansen til å fatte midlertidig vedtak ble lovfestet i forordning 1 brukes.

<sup>61</sup> Se sak T44/90 La Cinq mot Komisjonen premiss 61 og sak T23/90 Peugeot mot Kommisjonen premiss 59.

<sup>62</sup> Se Sak T-44/90 La Cinq mot Kommisjonen.



”Da Kommissionen ved afgørelsen af, om der skulle træffes foreløbige forholdsregler, har sidestillet kravet om, at der skal foreligge en ”umiddelbar overtrædelse” med kravet om, at det fastslås, at der foreligger en ”klar og åbenbar overtrædelse”, har Kommissionen saaledes anlagt en fejlagtig fortolkning af betingelsen om, at det skal være sandsynligt, at der foreligger en overtrædelse.”<sup>63</sup>

Her sa Retten at det ikke var noe krav til et like strengt krav til sannsynlighet som ved endelig vedtak. Det var derfor ikke et vilkår om sannsynlighetsovervekt for at ”umiddelbart set” skal være oppfylt. ”Klar og åbenbar” var derfor et for strengt beviskrav i følge Retten.

Videre har vi saken IMS Health, der Kommisjonen sa at ”ved en prøvelse står rimelig klart at det er tale om en overtrædelse”<sup>64</sup> Her kommenterte Rettens president ved å henvise til La Cinq. I La Cinq ble det sagt

”at der kun kan træffes sikrende foranstaltninger, når bestemte virksomheders praksis umiddelbart synes at udgøre en overtrædelse af Fællesskabets konkurrenceregler, som Kommissionen kan skride ind over for i form af en beslutning.”<sup>65</sup>

Siden det verken i EU eller i norsk rett er krav til sannsynlighetsovervekt, kunne man anføre at reglene ikke er vesensforskjellige på dette punktet. Det må i begge tilfellene være holdepunkter som tilsier brudd på konkurransereglene. I Norge er kravet at det må være ”rimelig grunn til å anta”, mens det i EU-retten er sagt at det ”umiddelbart” ser ut som brudd. Ingen av disse ser ut til å stille strenge krav til sannsynligheten. Men vurderingene kan likevel være forskjellige.

I EU-retten må det ”umiddelbart” se ut til at det er et brudd. Dette tilsier at de må mene at det foreligger brudd på reglene ut fra det de har sett, men ikke har sannsynliggjort enda. I norsk rett er det et krav til at det skal være holdepunkter som tilsier at det er handlinger i strid med loven. Det kan derfor hevdes at det ikke trengs det samme kravet til ”troen” på at det forelig-

---

<sup>63</sup> Se sak T44/90 La Cinq mot Komisjonen premiss 62.

<sup>64</sup> Se IMS Health, EFT 2002 L 59 s 18 avsnitt 59.

<sup>65</sup> Se sak T44/90 La Cinq mot Kommisjonen premiss 28.

ger et brudd i norsk rett som i EU-retten. Det kan derfor se ut til at det er to forskjellige terskeler hvor det kan hevdes at EU-retten er noe strengere enn hva som fremkommer av norsk rett.

Overfor vurderte vi krrl § 25. Denne bestemmelsen er en videreføring av den tidligere konkurranseloven<sup>66</sup> med noen endringer.<sup>67</sup> Grunnen til at terskelen ”rimelig grunn til å anta” ble videreført, og også valgt i forhold til midlertidig vedtak, var nok at de som utarbeidet den nye loven synes dette hadde fungert godt. Det kan på grunn av den lave terskelen gripes inn på et tidlig stadie, noe som igjen fører til en effektiv beskyttelse av konkurransen. Som påpekt overfor er det likevel forskjellige vurderinger som må gjøre i krrl § 12 (5) og § 25. Her kunne det derfor vært mer hensiktsmessig å valgt den samme ordlyd og vurderingsterskel som i EU, siden krrl § 12 (5) har bakgrunn herfra. Dette ville gjort det enklere å vite hvor terskelen for å gripe inn skulle være, og man hadde i større grad vært i samsvar med EU-retten. Det er likevel viktig å bemerke, som tidligere nevnt, at det ikke er noe krav til harmonisering av rådsforordning 1/2003.

Når man ser på sakene ut fra praksis i EU er det interessant at det kun har blitt fattet vedtak der aktører har utnyttet sin dominerende stilling i fht krrl § 11. ICA/Norgesgruppesaken omhandler at man har inngått en avtale i fht krrl § 10. Jeg vil likevel påpeke at NorgesGruppen er en dominerende aktør i dette tilfellet. Det er blitt fattet midlertidig vedtak i forhold til ulovlig samarbeid i EU-retten gjennom Ford-saken. Men denne ble senere opphevet på grunn av at Retten mente Kommisjonen ikke hadde den nødvendige kompetansen til å gjøre vedtak i det tilfellet.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet.

<sup>67</sup> Jfr NOU 2003:12 s 239.

<sup>68</sup> Se Forente saker 228 og 229/82 Ford of Europe Incorporated og Ford-Werke Aktiengesellschaft mot Kommisjonen.

### 3.2.4 Sammenligning med annen lovgivning

I forarbeidene til krll er det uttalt at vilkåret om et krav og en sikringsgrunn har den samme oppbygningen som tvisteloven.<sup>69</sup> En gjennomgang av tvisteloven kan bidra til å kaste lys over hjemmelen i krll, samt hensynet til sammenhengen i lovverket.

Tvisteloven § 34-2 er en hjemmel for midlertidig forføyning.

- (1) ”Midlertidig forføyning kan bare besluttes dersom kravet det begjæres forføyning for, og sikringsgrunnen, er sannsynliggjort. Retten kan bestemme at saksøkeren som vilkår for ikrafttredelse og gjennomføring av forføyningen, skal stille sikkerhet som retten fastsetter for mulig erstatning til saksøkte.
- (2) Dersom det er fare ved opphold, kan midlertidig forføyning besluttes selv om kravet ikke er sannsynliggjort....”

Tvistelovens § 34-2 var tidligere § 15-6 i tvangsfullbyrdelsesloven.<sup>70</sup>

I midlertidig vedtak etter konkurranseloven har vi en sikringsgrunn og et krav, slik er det også i tvisteloven. ”Kravet det begjæres forføyning for,” blir sett på som hovedkravet, og dette må være sannsynliggjort. Hovedkravet må retten ta stilling til prejudisielt. Det er det faktum som fremstår som mest sannsynlig det skal bedømmes ut fra. I følge rettspraksis er det likevel ikke noe krav om kvalifisert sannsynlighet.<sup>71</sup>

Her følger det likevel unntak om at det i visse tilfeller kreves kvalifisert sannsynlighet. Dette vil være i de tilfellene hvor konsekvensene av feil avgjørelse i en retning vil være mer negativt enn i den andre.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Jfr NOU 2012:7 s 27.

<sup>70</sup> Jfr Ot.prop.nr. 51(2004-2005) s 491.

<sup>71</sup> Se Rt. 1967 s. 124, Rt. 1994 s. 1526, Rt. 1997 s. 1197 og Rt. 2002 s. 108.

<sup>72</sup> Se Flock, *midlertidig forføyning*, s 225.

Det er i forarbeidene til tvisteloven nevnt at dommeren i en sak

”må utfra vurdering av sakens faktiske og rettslige sider, finne det mer sannsynlig at saksøkeren i en etterfølgende rettssak vil nå fram med sitt hovedkrav, enn at vedkommende ikke vil gjøre det.”<sup>73</sup>

Som hovedregel må det altså etter tvistelovens § 34-2 legges til grunn et overvektprinsipp, noe som tilsier at resultatet ikke kan være et åpent spørsmål.

Det er et høyere krav til sannsynlighet i tvisteloven § 34-2 (1) enn hva som kreves i krrl § 12 (5). Tvisteloven § 34-1(1) krever sannsynlighetsovervekt. Krrl § 12 (5) trenger som vi har sett overfor ikke det.<sup>74</sup> I tvisteloven må det i større grad tas standpunkt til hva som blir utfallet i saken enn det som kreves etter krrl § 12 (5).

I tvisteloven er det likevel viktig å se hva som står i andreleddet, som er et unntak fra tvistelovens § 34-1 om at kravet må sannsynliggjøres. Her sies det at dersom det er ”fare ved opphold” trenger man ikke å sannsynliggjøre kravet. Det er likevel viktig å bemerke at denne faren må være av en kvalifisert grad, siden det allerede er et krav om en viss fare i sikringsgrunnen etter tvistelovens § 34-1 bokstav a. Grunnen til at det her er en lavere terskel, er hensynet til saksøkeren, og at vedkommende skal kunne få rask bistand. Et eksempel kan være hvis tingens tilstand er i endring og derfor ikke kan gjenopprettes på et senere tidspunkt.<sup>75</sup>

I forarbeidene sies det likevel at man ikke kan avvike fra kravet om sannsynlighetsovervekt i visse tilfeller. Dette gjelder der hvor det vil bli like store konsekvenser for en av partene ved de ulike utfallene. Dersom det negative ved en beslutning kan kompenseres økonomisk, kan man likevel nøye seg med den mildere terskelen til å sannsynliggjøre kravet.<sup>76</sup> Her har det

---

<sup>73</sup> Jfr Ot.prp nr 65 (1990-1991) s 275.

<sup>74</sup> Jfr oppgavens punkt 3.2.1.

<sup>75</sup> Se Flock, *midlertidig forføyning*, s 226.

<sup>76</sup> Jfr Ot.prop. nr. 65 (1990-1991) s 293.

også blitt hevdet at unntaksregelen kan brukes i de tilfeller hvor hovedkravet ikke er av formuerettslig art.<sup>77</sup>

De to leddene i tvisteloven viser at vi hovedsakelig trenger sannsynlighetsovervekt overfor hvem som eier kravet. En slik vurdering kreves ikke etter krrl. Der ses det kun på om det er ”rimelig grunn til å anta” at det er brudd. Som tidligere nevnt, er det ikke noe krav til sannsynlighetsovervekt. Det ser derfor ut til at det kreves mer i tvisteloven i forhold til kravet, enn i krrl, med mindre det er en kvalifisert fare ved opphold.

Hensynene bak lovene er vesensforskjellige. Den ene skal ivareta konkurransen, mens tvisteloven skal ivareta personer med rett til formuesgode(r) eller at den saksøkte skal unnlate, foreta eller tåle en handling. Vurderingstemaene blir derfor også ulike. Grunnen til denne forskjellen kan også være at det i tvisteloven er to parter mot hverandre, mens i krrl er det en part mot ”konkurransen i markedet”.

---

<sup>77</sup> Jfr Ot.prop. nr. 65 (1990-1991) s 294.

### **3.3 "Fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade"**

#### **3.3.1 Konkurranseloven**

I uttrykket "fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade" ligger det mange elementer. Det må være en "fare for" skade, og den må være "varig og uopprettelig".

I uttrykket "fare for" ligger det er en risiko, eller en mulighet for, at noe vil skje. Det er ikke helt sikkert det vil skje, men sjansen er der. Hvor mye som kreves er vanskelig å bestemme ut fra ordlyden. En vanlig ordlydstolkning tilsier at det ikke kan være helt usannsynlig at denne skaden vil skje. Sett i sammenheng, hvis det først er konstatert at det er "rimelig grunn til å anta at § 10, § 11 eller forskrift i medhold av § 14 er overtrådt" etter krrl § 12 (1) a, tilsier dette at det også er en mulighet at det er en fare for at konkurransen vil bli påvirket. Videre blir det et spørsmål om det oppstår "skade". Dersom det er til skade, blir neste spørsmål om det er en "varig og uopprettelig skade".

Det er ingen konkrete uttalelser i forarbeidene om hvor terskelen for beviskravet er i forhold til "fare for".

Først tar jeg for meg "uopprettelig" skade. Dette tilsier at det ikke foreligger andre tiltak som kan hindre skadevirkningene. Det kan ikke fattes et midlertidig vedtak dersom man kan foreta gjenoppretting av skadene avtalen medfører. Skaden må anses å ikke være reversibel.

"Varig" skade, kan bety at det ikke kun gjelder for en periode, men for fremtiden. Skaden kan komme til å påvirke konkurransen i svært lang tid. I "varig" ligger det en indikator på at det kan være evig. Her er det derfor viktig å se dette i sammenheng med "fare", altså en mulighet eller risiko for at den vil være i all overskuelig fremtid.

I vurderingen av "skade" skal den utelukkende være med hensyn til konkurransestrukturen. Når skadens art skal vurderes tenker man først og fremst på hvilke negative virkninger det vil

ha dersom det ikke gripes inn. Beskyttelse av skaden på private aktører blir gjort gjennom privat håndhevelse.<sup>78</sup>

Forarbeidene trekker frem at § 12 (5) om midlertidig vedtak er en god løsning i de tilfellene hvor det tar tid før beslutning om et endelig vedtak foreligger. Det at det tar tid må da også få alvorlige konsekvenser, som varig og uopprettelig skade.<sup>79</sup>

Det er viktig å merke seg at det er skadene av tiltaket som er det avgjørende i forhold til ”fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade. Når det gjelder vilkåret ”varig” er dette avhengig av ”konkurransebegrensningens art og alvorlighet”.<sup>80</sup> Dette tilsier at det skal stilles krav til alvorligheten før man treffer et midlertidig vedtak. Som eksempel kan man si at pris- og markedsdelingssamarbeid vil føre til mer langvarig skade enn mindre alvorlige konkurransebegrensninger.<sup>81</sup>

I vurderingen om det skjer en uopprettelig skade på konkurransen, i forhold til konkurransebegrensningen, må vi se på hvor lang tid det tar før endelig vedtak foreligger. I de tilfellene hvor et endelig vedtak om opphør ikke vil gjenopprette eventuelle skader av konkurransebegrensningen, er det nødvendig med midlertidig vedtak, for å forhindre at det blir en varig endring i markedsstrukturen.<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> Jfr Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranselov bind 2*, s 41.

<sup>79</sup> Jfr Ot.prop nr 6 (2002-2003) s 72.

<sup>80</sup> Se Norsk lovkommentar, *konkurranseloven*, note 123.

<sup>81</sup> Se Norsk lovkommentar, *konkurranseloven*, note 123.

<sup>82</sup> Se Norsk lovkommentar, *konkurranseloven*, note 123.

### 3.3.2 Sammenligning med praksis fra Norge

Departementet drøftet i ICA/Norgesgruppesaken hva som ligger i uttrykket ”fare for”, og uttalte at det ut fra en språklig forståelse er visse krav til bevisene, men at det ikke er krav om sannsynlighetsovervekt.<sup>83</sup> (For en redegjørelse av saken, se punkt 3.2.2.2.) Videre sa de at det ikke er noen indikasjoner på at det skal stilles strengere krav til sikringsgrunnen enn hva som fremstår av kravet til ”rimelig grunn”. De presiserte også at bestemmelsen er tatt inn i loven for å sikre at det ikke blir en ”alvorlig og uopprettelig skade” der det tar tid med endelig vedtak. De påpekte at dersom det stilles strenge krav, vil dette gjøre det vanskelig å ha en effektiv håndheving.

Deretter trakk de inn annen lovgivning, utlendingsloven § 106 bokstav d som også bruker uttrykket ”fare for”. Her er det klart, ut fra forarbeidene, at dette ikke innebærer sannsynlighetsovervekt.<sup>84</sup> Departementet mente derfor at det ikke er holdepunkter om at noe annet skal gjelde i krfl § 12 (5).

Konkurransetilsynet kom i sin vurdering av ICA/Norgesgruppesaken frem til at det forelå ”fare for varig og uopprettelig skade”.

For det første sa de at en slik avtale vil føre til nedlegging av ICAs nasjonale grossistvirksomhet, som de igjen mente ville få en av tre forskjellige scenarioer dersom avtalen opphører etter at endelig vedtak foreligger;

- 1) ICA gjenoppbygger egen distribusjon
- 2) Inngå grossistsamarbeid med en annen aktør
- 3) Helt eller delvis salg til konkurrenter.

Her kom tilsynet til at det mest sannsynlige alternativet var nummer tre, salg, som ville føre til varig og uopprettelig skade. Denne skaden mente de vil vise seg både i grossist- og detaljledet, og derfor vil sannsynligheten for en ny aktør bli svekket.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Se Departementets vedtak s 18-19.

<sup>84</sup> Jfr Prop.138 L (2010-2011) s 60.

<sup>85</sup> Se Departementets vedtak, s 5-6.



For det andre sa Konkurransetilsynet at avtalen ville føre til at aktørene utveksler informasjon, som gir vesentlige opplysninger om den andres marginer, planlegging og realisert omsetning. Konkurransetilsynet mente dette førte til fare for ”varig og uopprettelig skade” ved at de kan inneha og benytte denne kunnskapen for fremtiden.

I ICA/NorgesGruppesaken skjedde det endringer i det midlertidige vedtaket etter at departementet hadde vurdert saken. Noe av grunnlaget for dette var at ICA sendte forespørsel om avhjelpende tiltak da de ble varslet om at Konkurransetilsynet kunne vedta å stoppe avtalen. Utfallet av vurderingen fra departementet var at ICA og NorgesGruppen fikk fortsette innkjøps samarbeidet på visse vilkår, mens distribusjonssamarbeidet fortsatt måtte opphøre gjennom det midlertidige vedtaket.

Departementet sa at dersom de tillot en avtale om informasjonsutveksling kunne dette føre til gjennomsluktighet i markedet. Dette kunne igjen føre til en samordning mellom de konkurrerende aktørene. Mest sannsynlig vil dette være negativt for konkurransen, siden det bidrar til mindre konkurranse enn det ellers vil være mellom ICA og NorgesGruppen. Dette tilsier at de ikke skulle opphøre det midlertidige vedtaket på dette punktet. De velger likevel å la ICA og NorgesGruppen fortsette denne delen av avtalen frem til endelig vedtak. Grunnen er at det etter et endelig vedtak, med innhold om opphør av avtalen, har ikke de to ”konkurrentene” lenger like betingelser. Dessuten ble det antatt at det allerede var skjedd en informasjonsutveksling, som førte til en svekkelse av ICA sin posisjon siden NorgesGruppen hadde fått innsikt i ICA sine strategier. Departementet sa at det ikke var et vurderingstema hvorvidt Ica kom i en sårbar posisjon ved å tillate eller ikke tillate avtalen, spørsmålet var om ”svekkelsen er så markant at den kan påvirke konkurransen i markedet.”<sup>86</sup>

Videre sa departementet at den informasjonsutvekslingen som ble diskutert, i stor grad allerede hadde skjedd, slik at ”skaden” allerede var oppstått.<sup>87</sup> Et poeng er at forhandlinger omkring innkjøpsavtaler blir gjort hver høst slik at den informasjonen de har fort vil bli ”gammelt

---

<sup>86</sup> Se Departementets vedtak side 42-43.

<sup>87</sup> Se Departementets vedtak s 43.

nytt”. Den tidligere konkurransesituasjonen kan derfor muligens gjenopprettes over tid på dette punktet.

Det blir derfor et spørsmål om hvorfor departementet lot beslutningen om midlertidig vedtak bestå inntil endelig vedtak foreligger i forhold til distribusjonsavtalen. Begrunnelsen de ga for dette var at; dersom de lot distribusjonsavtalen bestå frem til endelig avgjørelse av saken, kunne dette medføre salg av bedriftseiendeler (som lagerfasiliteter og firmabiler), oppsigelser av ansatte mm. Det ville da bli vanskelig å gjenopprette dette dersom det endelige vedtakets innhold er at avtalen skal opphøre.<sup>88</sup>

Det er flere eksempler fra praksis hvor spørsmålet om det skal fattes midlertidig vedtak er stilt, men dette ikke er blitt gjort. Et annet eksempel fra praksis er der Den Norsk Boligbørs AS klaget inn Finn Eiendom for konkurransetilsynet. Den Norske Boligbørs mente at Finn Eiendom handlet i strid med konkurranseloven i det de ikke fikk tilgang til Finn sine nettsider. Tilsynet kom i denne saken til at vilkårene for å vedta ”midlertidig vedtak” ikke forelå. Tilsynet uttalte omkring vilkåret ”varig og uopprettelig skade”:

” Dette vilkåret må forstås slik at det er selve konkurransen som skades, for eksempel dersom det er fare for at en konkurrent blir drevet ut av markedet som følge av den antatt ulovlige atferden. Skaden på konkurransen må videre være varig og uopprettelig. Et eksempel på sistnevnte kan være tilfeller der et etterfølgende vedtak ikke vil kunne bøte på den oppståtte skaden.”<sup>89</sup>

Dette er derfor i tråd med hva som er sagt overfor om hva som skal legges til grunn i vurderingen av om det er en ” varig og uopprettelig” skade.

I forbindelse med varselet om et endelig vedtak, som gikk ut på at innkjøps- og distribusjonsavtalen mellom Ica og NorgesGruppen må opphøre, kom avdelingsdirektør i konkurransetilsynet Magnus Gabrielsen med en uttalelse til Bondebladet. Det ble her sagt:

---

<sup>88</sup> Se Departementets vedtak s 36-37.

<sup>89</sup> Se A2006-67, Den Norges Boligbørs AS

”Gjennom avtalen får NorgesGruppen muligheter til å begrense konkurransen mellom de to avtalepartene. Årsaken til dette er at NorgesGruppen nå kan bestemme store deler av ICAs innkjøpsbetingelser. Avtalen vil også øke faren for koordinering mellom de to kjedene. Begge forholdene vil svekke konkurransen i hele det norske dagligvaremarkedet.”<sup>90</sup>

Dette tilsier derfor at Konkurransetilsynet har vært innenfor sin kompetanse til å fatte midlertidig vedtak.

### **3.3.3 EU**

I EU-retten er vilkåret ”risiko for alvorlig og ubodelig skade” som skal drøftes.

Første spørsmålet er hva EU-retten legger i kravet ”risiko for”. La Cinq ble det uttalt;

”... Det er desuden nødvendigt, at sådanne foranstaltninger kun bliver truffet i tilfælde, hvor der godtgøres at foreligge uopsættelighed, for at hindre en situation, som vil kunne medføre et alvorligt og uopretteligt tab for den part, som begærer dem, eller en situation, som af almene hensyn ikke kan tolereres.”<sup>91</sup>

Her brukte Retten ordet ”godtgøres”, hvor det igjen blir et spørsmål om det kreves sannsynlighetsovervekt. De sa videre at

”..der skal være sandsynlighed for en alvorlig og uoprettelig skade, som gør det uopsætteligt at træffe sådanne forholdsregler.”<sup>92</sup>

Etter dette virker det som at det er et krav til sannsynlighetsovervekt for kravet om ”risiko for” skal være oppfylt, dersom dette blir sett på som det samme som ”godtgøres”. Her kan vi likevel stille spørsmål om kravet er blitt lavere ved at det i forordning 1 er blitt sagt ”risiko

---

<sup>90</sup> Bondebladet, *Stansing av avtalen*, 20.02.2014.

<sup>91</sup> Jfr Sak T-44/90, La Cinq SA, avnsitt 28.

<sup>92</sup> Jfr Sak T-44/90, La Cinq SA, avnsitt 32.

for”, ikke ”godtgøres”. Overfor, i punkt 2.5, ble det likevel antatt at praksis som ble stadfestes før forordning 1 vil ha betydning selv om ordlyden er noe endret.

Den andre spørsmålet er hva EU-retten legger i vilkåret ”alvorlig og ubodelig skade”. I saken om La Cinq fra EU-retten ble Kommisjonen kritisert for sin tolkning av dette vilkåret. De sa at Kommisjonen hadde tolket feil da de uttalte:

"kun de skader kan antages at være uoprettelige, som ikke kan genoprettes gjennom en efterfølgende beslutning".<sup>93</sup>

Retten sa at dersom man legger en slik tolkning til grunn, har man gått utover hva som er blitt stilt opp som krav i Camera Care-avgjørelsen. I Camera Care ble det sagt at det er skade dersom situasjonen ikke kan gjenopprettes ved beslutning i den avsluttende administrative prosedyren.<sup>94</sup> I Camera Care-saken ble det derfor satt en lavere terskel enn det Kommisjonen la til grunn i sin drøftelse i La Cinq-saken. Retten gjorde det dermed klart at det skulle fortsettes med de samme kriterier som var blitt valgt tidligere i Camera Care.

I flere saker har det vært nødvendig å treffe beslutninger raskt på grunn av forhold i markedets temporære karakter.<sup>95</sup>

Et eksempel her er en sak mellom B&I og Sealink Harbours og Sealink Stena Ltd. Også denne avgjørelsen er under artikkel 3 i forordning nr 17.

B&I var et irsk statseid selskap som etter hvert ble en del av ”the Irish Continental Group” (1992). Sealink Stena Line var en engelsk operatør som drev med ferjetjenester mellom Frankrike, Irland og England. Sealink Harbours var de som eide havnene i England.

Saken omhandlet endringer i rutetider, som gjorde at B&I ikke fikk den samme adgangen til havnen som tidligere, og de mente derfor at dette var misbruk av dominerende stilling. Her

---

<sup>93</sup> Se Sak T-44/90 La Cinq mot kommisjonen, premiss 79.

<sup>94</sup> Jfr Sak 792/79 R Camera Care mot Kommisjonen, premiss 14.

<sup>95</sup> Jfr B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd. og Sealink Stena Ltd. Jfr Irish Continental Group mot CCI Morlaix.

kom Kommisjonen til at vilkårene for å foreta et midlertidig vedtak var i orden. I dette tilfelle la Kommisjonen ned påbud om å reversere rutetidene, slik at man fortsatte på samme måte som tidligere. Grunnen til at de her vedtok en midlertidig forføyning var at dersom man ikke tillot adkomst til havnen som tidligere, ville dette føre til betydelig skade på B&I. Denne endringen ville raskt få negative konsekvenser, siden det var høysesong.

I en annen sak mellom Irish Continental Group (ICG) mot CCI Morlaix (Morlaix) ble det også fattet midlertidig vedtak på grunn av saken temporære karakter. I likhet med Camera Care-saken, ble det også her spørsmål om å kunne fatte et midlertidig vedtak.

ICG er et irsk selskap som driver med ferjevirkksomhet mellom Irland og Frankrike, og mellom Irland og Storbritania. CCI Morlaix er et fransk selskap som får konsesjon fra staten for å forvalte havnen. CCI Morlaix er aksjonær i BAI, som driver med ferjevirkksomhet, blant annet til Roscoff, under navnet Brittany Ferries.

ICG mente derfor at det var utøvelse av dominerende stilling i det de nektet tilgang til havnen.

Også i dette tilfellet konkluderte Kommisjonen med at det treffes et midlertidig vedtak som gikk ut på at ICG fikk tilgang til havnen sommersesongen 1995. Grunnen var at det hastet, en midlertidig avgjørelse måtte fattes raskt, siden det fikk store konsekvenser for ICG om de ikke fikk tilgang. ICG transporterte cirka 300 000 mennesker hvert år. Dersom de ikke fikk tilgang vil dette få store konsekvenser i form av forsinkelse ved å bruke annen havn. Deres omdømme vil også bli svekket, og de ville kunne bli presset ut av markedet på denne strekningen.

Hovedsakelig, når det gjelder praksis fra EU-retten hvor det er fattet ”midlertidig vedtak”, omhandler dette konkurs eller hvor en aktør er blitt presset ut av markedet etc.<sup>96</sup>

Opprettholdelse av konkurranseforholdene er blitt sett på som meget viktig av EU-domstolen. Det er derfor ikke anledning til at den eller de som driver med konkurransestridig adferd kan gi økonomisk kompensasjon til den skadelidte gjennom nasjonale domstoler.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> Jfr Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett bind 2*, s 40.

I Ica/NorgesGruppesaken fremsatte ICA en anførsel om at det ikke er grunnlag for å operere med et lavere beviskrav enn det som følger av EU-retten som henviste til La Cinq, sitert overfor.<sup>98</sup> ICA anførte derfor at det kreves sannsynlighetsovervekt. På denne anførselen svarte departementet med:

”...at beviskravene i konkurranseloven ikke er harmonisert med EØS/EU-retten”<sup>99</sup>

Ut fra denne uttalelsen ser det ut som at departementet eller Konkurransetilsynet ikke trenger å ta hensyn til praksis fra EU-retten på dette punktet.

Det blir da et spørsmål hva som er grunnlaget for denne uttalelsen fra departementet. En grunn kan være at forordning 1/2003 artikkel 8 ikke operer med et krav som ”fare for”, men bruker ”risiko for”. Spørsmålet blir derfor om dette da er to forskjellige terskler som gjør at praksis fra EU ikke blir anvendelig. Som tidligere diskutert mener jeg at ”fare for” og ”risiko for” kan sies å være av ganske like vilkår, noe som tilsier at det er forholdsvis like vurderinger. Dette tilsier at vurderingene fra EU i hvert fall kunne belyse situasjonen om hva som ligger i ”fare for”. Dette virker det likevel som departementet ikke har lagt til grunn. De har i stedet fastlagt terskelen omkring dette beviskravet ved å se på utlendingsloven. Videre uttalte de at det ikke er noe som tilsier at det skal være et strengere krav til bevisene her enn hva som følger av ”rimelig grunn”. De la derfor til grunn at det ikke er et krav om sannsynlighetsovervekt. Her synes jeg departementet burde belyst vilkåret med praksis fra EU, siden krrl § 12 (5) er en videreføring av forordning 1 artikkel 8.

Det kan også være at departementet ikke anså praksis som kom før forordning 1, som EU-praksisen på dette punktet gjør, var anvendelig. Spesielt siden de der hadde et krav om at skaden måtte ”godtgøres”. Det er derfor mulig at departementet mente at terskelen også i EU har endret seg.

---

<sup>97</sup> Se Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett* bind 2, 40 og 41.

<sup>98</sup> Departementets vedtak, s 18.

<sup>99</sup> Jfr Departementets vedtak side 19.

Siden forarbeidene til krrl ikke sier noe om beviskravet i forhold ”fare for” i krrl § 12 (5), burde departementet i ICA/NorgesGruppesaken i hvert fall tatt det opp til vurdering om de skulle videreføre et likt krav som i EU.

### **3.3.4 Sammenligning med annen lovgivning**

Overfor så vi på tvistelovens § 34-2 i forhold til kravet. Det gjenstår å vurdere denne i forhold til sikringsgrunnen, og hva som kreves her.

Det er fortsatt faktumet som er mest sannsynlig som skal legges til grunn, jfr § 34-2 (1). Det foretas her en vurdering omkring sikringsgrunnen i tvistelovens § 34-1, som lyder slik:

(1) Midlertidig forføyning kan besluttes:

- a) når saksøktes adferd gjør det nødvendig med en midlertidig sikring av kravet fordi forfølgningen eller gjennomføringen av kravet ellers vil bli vesentlig vanskeliggjort, eller
- b) når det finnes nødvendig for å få en midlertidig ordning i et omtvistet rettsforhold for å avverge en vesentlig skade eller ulempe, eller for å hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte for.”

Vurdering av sikringsgrunnen i tvisteloven blir ut fra hva som kan tenkes å skje i fremtiden, og deretter drøftes opp mot nødvendigheten av å stoppe en slik fremtidig hendelse. Dette vil være det samme som konkurranseloven § 12 (5).

Når vi har en nødvendighetsdrøftelse i tvisteloven vil dette da samtidig være en type sannsynlighetsdrøftelse, og det kan derfor være vanskelig å skille disse drøftelsene fra hverandre.

Selv om det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for kravet etter § 34-2 (2), må likevel sikringsgrunnen sannsynliggjøres, jfr 34-2 (1), siden det ikke er nevnt noe unntak fra dette. Derfor må det uansett tilfelle skje en sannsynliggjøring av sikringsgrunnen. Når en sikringsgrunn i tvisteloven er blitt sannsynliggjort, vil det automatisk være en ”fare ved opphold”. I de tilfellene det er snakk om ”fare ved opphold” i § 34-2 (2), må det som nevnt tidligere, være en kvalifisert fare.

Her er det viktig å påpeke at det i krll, etter departementets vurdering, ikke er et krav om sannsynlighetsovervekt for sikringsgrunnen. Men det er likevel slik at den skaden eller ulempen som muligens kan skje må være varig og uopprettelig. Dersom det kun er en skade eller ulempe på konkurransen, men denne ikke er varig og uopprettelig, skal det heller ikke i konkurranseloven foretas en beslutning om midlertidig vedtak. Skaden eller ulempen må altså være av en kvalifisert alvorlighet.

Det mest vanlige i norsk rett er at konkurransetilsynet ikke anser det som ”varig og uopprettelig” skade ved å vente til endelig beslutning foreligger, kun en skade som senere kan gjenopprettes. I tillegg skal det foretas en forholdsmessighetsvurdering. Dette kan da begrense i hvilke tilfeller det gripes inn. Det kan være grunnen til at Ica/Norgesgruppesaken er den første saken som det er fattet midlertidig vedtak i norsk rett. Her var det tilstrekkelig enighet om å midlertidig stanse en nedbygging av distribusjonsalternativ på færre hender.

Det er flere alternative sikringsgrunner i tvisteloven: enten at forfølgningen eller gjennomføringen ellers vil ”bli vanskeliggjort”, eller nødvendig for å avverge ”vesentlig skade eller ulempe... eller for å hindre voldsomheter”.

Etter bokstav a vil dette typisk være at forholdene endrer seg ved at en bygning blir rettsstridig revet, salg av formuesgode og lignende.<sup>100</sup> Dersom noe slik skjer, ser man at det vil bli vanskelig å få tilbake kravet. Midlertidig forføyning kan derfor bli truffet dersom det er sannsynliggjort at slike uopprettelige hendelser kan skje. Det må være en handlemåte som gir grunnlag for å frykte en viss adferd. I tillegg må det gjelde forhold saksøkte har herredømme over, og det må være en adferd som kan krenke saksøkers rettigheter.<sup>101</sup>

Bokstav b omtaler to alternative tilfeller, hvor det første er om det vil oppstå ”vesentlig skade eller ulempe”, mens det andre er ”for å hindre voldsomheter”. Det er klart at det ikke skal gjennomføres en forføyning dersom det finnes en annen måte å sikre en trygg løsning av tvisten på.<sup>102</sup>

---

<sup>100</sup> Jfr Ot.prop.nr 65 s 292.

<sup>101</sup> Jfr Ot.prop.nr. 65 s 292.

<sup>102</sup> Jfr, Schei, *Tvistelovens kommentarutgave*, s 1561.



”Vesentlig skade og ulempe” følger lovens hovedregel om sannsynlighetsovervekt. Men når det gjelder ”hindre voldsomheter som saksøktes adferd gir grunn til å frykte”, er det ikke krav om sannsynlighetsovervekt, ved at det står ”grunn til”.<sup>103</sup> Det må likevel foreligge holdepunkter om at det kan skje slike ”voldsomheter”.

Det er kun tvistelovens § 34-1(1) bokstav b andre alternativ som i likhet krrl § 12 (5) ikke krever sannsynlighetsovervekt.

Sikringsgrunnen er, både krrl og tvisteloven, til for å sikre at det ikke skal skje noe som senere er uopprettelig. Eller at det blir mer kostnadskrevenne å gjenopprette det enn å fatte et midlertidig vedtak eller forføyning. Det er viktig å bemerke at sikringsgrunnen etter tvisteloven vil ta hensyn til enkeltaktører, mens tilsynsmyndigheten kun ser på skade på konkurransen. Det er nettopp her vi ser forskjellen på den private og offentlige håndhevelsen vi omtalte i punkt 2.2.

Et annen forvaltningsorgan som jeg vil ta for meg er barnevernloven § 4-6 som skal brukes i akuttsituasjoner.

”§ 4-6. Midlertidige vedtak i akuttsituasjoner.

1. Dersom et barn er uten omsorg fordi foreldrene er syke eller barnet er uten omsorg av andre grunner, skal barneverntjenesten sette i verk de hjelpetiltak som umiddelbart er nødvendige. Slike tiltak kan ikke opprettholdes mot foreldrenes vilje.
2. Er det fare for at et barn blir vesentlig skadelidende ved å forbli i hjemmet, kan barnevernadministrasjonens leder eller påtalemyndigheten uten samtykke fra foreldrene umiddelbart treffe midlertidig vedtak om å plassere barnet utenfor hjemmet.....”

Denne bestemmelsen er opprettet for hastesituasjoner.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Jfr ot.prop.nr 65 s 292.

<sup>104</sup> Jfr. Norsk lovkommentar, *barnevernloven*, note 104.

Barnevernlovens § 4-6 (2) omhandler å treffe midlertidig vedtak om å plassere barnet utenfor hjemmet uten foreldrenes samtykke fordi barnet kan bli ”vesentlig skadelidende” ved å forbli i hjemmet. Her ser man at det er en hastesak, og at det kan skje en skade på barnet dersom det ikke gripes inn. Slik sett kan det ligne noe på krll § 12 (5).

Det er likevel slik at det er et krav om ”vesentlig skadelidende”, og dette tilsier en høy terskel. Hvorvidt det kan sies å være et strengere krav, objektivt sett, enn ”varig og uopprettelig” i krll § 12 (5), er vanskelig å avgjøre. Begge bestemmelsene bruker likevel elementet ”fare for”, noe som ikke gir noe krav til at virkningen må konstateres eller ha sannsynlighetsovervekt, jfr drøftelsen fra departementet overfor.

Når det kommer til mennesker, er alle forskjellige, og derfor er det vanskelig å avgjøre når noen blir ”vesentlig skadelidende”. Dette er et noe skjønnsomt spørsmål. Det er derfor meget vanskelig å sette noen likhetpunkter for når man skal gripe inn her kontra krll § 12 (5). I konkurranseretten kan det i mye større grad sies hva som skal til for at konkurransesituasjonen blir bedre eller verre, og hva slags utslag som mest sannsynlig kan skje.

Konklusjonen er derfor at vurderingstemaene er vanskelig å sammenligne, og derfor vanskelig å finne likhetstrekk. Beviskravene virker likevel til å være de samme.

Helse –og omsorgstjenesteloven § 10-2 omhandler tilbakehold i institusjon uten eget samtykke, og lyder slik:

- (1) ”Dersom noen utsetter sin fysiske eller psykiske helse for fare ved omfattende og vedvarende misbruk og dersom hjelpetiltak ikke er tilstrekkelig kan det vedtas at vedkommende uten eget samtykke kan tas inn i en institusjon utpekt av regionalt helseforetak, jf. spesialisthelsetjenesteloven § 2-1a fjerde ledd, for undersøkelse og tilrettelegging av behandling, og holdes tilbake der i opptil tre måneder.”
- (2) Vedtak etter første ledd skal treffes av fylkesnemnda for barnevern og sosiale saker. Fylkesnemnda skal samtidig ta stilling til om det skal være adgang til å ta urinprøver av pasienten under institusjonsoppholdet..
- (3) ....

(4) Et midlertidig vedtak etter første ledd kan treffes av kommunen dersom de interesser bestemmelsen skal ivareta kan bli vesentlig skadelidende dersom vedtak ikke treffes og gjennomføres straks. For øvrig gjelder reglene i barnevernloven §§ 7-22 og 7-23....”

(5) ...”

Denne bestemmelsen er tatt inn i loven for de tilfellene hvor rusmiddelavhengige ikke legger seg selv inn frivillig.

Helse- og omsorgstjenesteloven § 10-2 har i fjerdeleddet en bestemmelse om midlertidig vedtak. Dette er en bestemmelse som åpner for i visse tilfeller tillate kommunen å fatte vedtaket i stedet for fylkesnemnda.

For at man skal kunne fatte et midlertidig vedtak er det et krav om at det er en hastesak ved at vedtaket må skje ”straks”. Hvis ikke kan interessene bli ”vesentlig skadelidende”, i likhet med krrl § 12 (5) og barnevernlovens § 4-6.

Sikringsgrunnen i denne bestemmelsen er at interessene kan bli ”vesentlig skadelidende”. Det er i forarbeidene til loven sagt at det må skje en skade på egen helse for å gripe inn etter denne bestemmelsen.<sup>105</sup> Det er ikke nok at det skjer en skade, den må også være av en viss størrelse. I dette tilfellet er det ikke brukt uttrykket ”fare for”, men ”kan bli”. Heller ikke dette tilsier, ut fra en språklig forståelse, at det er krav til sannsynlighetsovervekt. Også i dette tilfellet virker det likevel som at det må kreves noe for å gripe inn. Det blir et spørsmål om hva som er det strengeste kravet av disse to. Vi må også huske på at det iverksettes en frihetsberøvelse i dette tilfellet, som kan tilsi at det burde være et strengere krav. Hva som er det strengeste kravet av ”fare for” og ”kan bli” er vanskelig å vurdere. Ut fra ordlyden ser det likevel ut til at verken krrl § 12 (5) eller helse- og omsorgstjenesteloven krever sannsynlighetsovervekt.

---

<sup>105</sup> Jfr Prop. 91 L (2010-2011) s 502 jfr Ot.prop.nr. 29 (1990-1991) s 89.

I tillegg nevnes det i helse- og omsorgstjenestelovens § 10-2 at tvang kun skal brukes der tiltak utenfor institusjon ikke er tilstrekkelig ut fra en konkret vurdering.<sup>106</sup> Det kan virke som at dette er en ”siste løsning” der det virkelig må gjøres noe.

På en måte skulle man tro at det skulle mer til å gripe inn i en konkurransesituasjon siden det eneste som blir ødelagt er verdier og konkurransen, mens det kan ødelegge liv å ikke gripe inn i form av helse- og omsorgstjenesteloven. På den annen side er det slik at det skal mye til for å gjenopprette konkurransen. Mens det innenfor en persons helse kanskje kan komme flere sjanser for å handle uten at dette har gjort situasjonen noe verre.

Det bør være en høy terskel for å gripe inn i enkeltpersoners liv, likevel ser det ut til at terskelen ikke er så høy for midlertidig vedtak. Grunnen til dette er nok at vedtaket er av kortvarig art.

Barnevernloven og helse- og omsorgstjenesteloven har ikke, slik som i krrl og tvisteloven, et krav. I disse tilfellene er det er interesser som skal vernes. Dette er grunnen til at det kun er sikringsgrunnen som er sett på i disse bestemmelsene.

I alle tilfellene hvor det blir fattet et vedtak som skal være ”midlertidig”, virker det som det er ”fremtiden” som skal vernes. Enten at det ikke skal skje en vesentlig skade på person eller irreversibel skade på konkurransen. Det er heller ikke høyt beviskrav for at sikringsgrunnen skal være oppfylt i barnevernloven, helse- og omsorgstjenesteloven og krrl. Grunnen i alle tilfellene er nok at vedtaket ikke er av endelig karakter, og det må skje noe i ettertid for at det skal opprettholdes.

---

<sup>106</sup> Se Norsk lovkommentar, *helse- og omsorgsloven*, note 119.

### 3.4 Klageadgangen

Spørsmålet i dette punkt er hva som kan klages over i en sak som er blitt drøftet og avgjort av Konkurransetilsynet.

Vurderingen omkring det er en ”rimelig grunn” til å anta brudd med § 10 og/eller § 11, altså kravet, kan påklages, jamfør forarbeidene.<sup>107</sup> Dette gjelder nok også i de tilfellene hvor det er grunn til å anta overtredelse av § 14. I forarbeidene til endringsloven sies det at de ”øvrige vilkårene” må foreligge, og derfor finner jeg det rimelig at de samme rettighetene og pliktene gjelder.<sup>108</sup>

Videre står det i NOU'en at avgjørelsen av om det foreligger en sikringsgrunn, ”fare for at konkurransen utsettes for varig og uopprettelig skade”, ikke kan påklages.<sup>109</sup> Dette ble ikke fulgt opp i ot.prop., hvor det står at man kan påklage også sikringsgrunnen.<sup>110</sup> Det er likevel ikke sagt noe om hvorfor de her endret på utvalgets forslag.

En mulig grunn kan være at de ikke fant samsvar med forvaltningslovens § 34 (2), som sier at klageinstansen kan prøve alle sider av saken. Men dette er kun en antakelse fra min side, og ikke noe jeg har funnet grunnlag for å si ut fra forarbeidene.

En annen grunn kan være at det egentlig var foreslått en nemndsordning. De mente derfor at tilsynsmyndighetene var de som best kunne vurdere sikringsgrunnen, og dette skulle egentlig ikke kunne påklages.

I Ica/NorgesGruppesaken ble nettopp saken klaget inn for departementet. Etter at departementet hadde vurdert saken, og Ica hadde foreslått avhjelpende tiltak, ble deler av det midlertidige vedtaket opphevet.

---

<sup>107</sup> Jfr NOU 2003:12 s 251 jfr NOU 2003:12 s 231.

<sup>108</sup> Jfr NOU 2012:7 s 189.

<sup>109</sup> Jfr NOU 2003:12 s 68-69.

<sup>110</sup> Jfr Ot.prop nr 6 side 227.

## 4 Kompetansen etter krrl § 12 (5)

### 4.1 "Kan"-regel

I bestemmelsen står det at Konkurransetilsynet "kan" fatte et midlertidig vedtak. De har altså ikke en plikt til å fatte midlertidig vedtak i de sakene hvor vilkårene er oppfylt, men de har en rett til det.

Likevel sier krrl § 9 at Konkurransetilsynet er ansvarlig for å føre tilsyn med konkurransen, og føre kontroll med påbud og forbud som følger av loven. Noe som tilsier at de er forpliktet til å verne konkurransen også gjennom midlertidig vedtak.

### 4.2 "Pålegg etter første ledd"

#### 4.2.1 Innledning

I dette punktet skal jeg gjennomgå hva som ligger i vilkåret "pålegg" som er brukt i krrl § 12 (5). Femteleddet henviser til § 12 (1), og vi må derfor legge til grunn at pålegget da kan være det samme. Krrl § 12 (1) sier:

"... Pålegget kan omfatte ethvert tiltak som er nødvendig for å bringe overtredelsen til opphør."

I forarbeidene nevnes krav til konkret vurdering i hver sak av:

- hva et påbud skal gå ut på, og
- at det skal legges vekt på arten og virkningen av overtredelsen.<sup>111</sup>

Som vi ser av § 12 (1) er det slik at tilsynsmyndigheten kan pålegge både strukturelle og atferdsregulerende forpliktelser. Det står videre at de ikke kan foreta strukturelle forpliktelser hvis det finnes andre atferdsregulerende forpliktelser, eller dersom det vil være mer byrdefullt å foreta en atferdsregulerende forpliktelse. Det må altså foretas en forholdsmessighetsvurdering i forhold til hva som skal pålegges.

---

<sup>111</sup> Jfr NOU 2003:12 s 230.

#### **4.2.2 Strukturelle tiltak**

Strukturelle forpliktelser kan pålegges et foretak som har brutt noen bestemmelser i § 10, 11 eller forskrift i medhold av § 14.

En språklig forståelse av strukturelle tiltak kan tilsi at det er tiltak som griper inn i organiseringen og strukturen i foretaket. Dette kan være forskjellige typer tiltak; endring, i verste fall ”utsletting” eller at det opprinnelige foretaket blir splittet opp til flere.

Det er viktig å merke seg at det er en del vilkår som må være oppfylt for at Konkurransetilsynet skal kunne pålegge strukturelle tiltak. Tidligere har jeg nevnt forholdsmessighetsvurdering mellom adferdsregulerende tiltak og strukturelle. Det er altså slik at det ikke kan foreta strukturelle pålegg dersom det foreligger like effektive adferdsregulerende tiltak, med mindre det strukturelle tiltaket er mindre byrdefullt.<sup>112</sup> Dette er skrevet i forhold til § 12 (1), men må gjelde i like stor grad i femteleddet.

Siden midlertidig vedtak er for en avgrenset periode vil det være uhensiktsmessig å fatte strukturelle tiltak her. Det vil være irreversibelt og lite forholdsmessig, siden det ikke er fattet noe endelig vedtak på hvordan situasjonen skal være i fremtiden.

#### **4.2.3 Adferdsregulerende pålegg**

Adferdsregulerende forpliktelser er som sagt en annen form for pålegg. Det kan være at et foretak må foreta visse handlinger som anses nødvendige for å bringe overtredelse til opphør. Forarbeidene sier at det foreligger når det foretas tiltak som bestemmer adferden til bedriften(e), slik at foretaket eller foretakene blir i overensstemmelse med loven.<sup>113</sup> I tillegg er det også et spørsmål om konkurransemyndigheten kan gi vedtak med preventiv virkning.

---

<sup>112</sup> Jfr Magnus i Kolstad (red), *Misbruk av dominerende stilling*, 427-428.

<sup>113</sup> Jfr Ot.prop.nr.6 (2003-2004) s 71.

Det at foretak blir pålagt visse handlinger kalles gjerne adferdsregulerende tiltak, som skal ha til hensikt å opphøre overtredelsen.<sup>114</sup> Her finnes det typetilfeller av hva slike adferdsregulerende tiltak kan gå ut på:

- Et eksempel kan være at det blir gitt pålegg om forretningsforbindelse. Dette kan innebære forskjellige ting; det kan være at aktøren må gjenoppta en levering til en kunde, gi lisens eller adgang til en fasilitet.<sup>115</sup> Her ser vi altså at de griper inn i ”bedriftens selvbestemmelsesrett”, og det vil i dette tilfellet foreligge en kontraheringsplikt.
- Det kan også bli gitt pålegg som bestemmer hvilke priser foretaket skal operere med. Dette vil være mest aktuelt i de sakene hvor det er snakk om en aktør som utnytter sin dominerende stilling, for eksempel til å drive rovprising. Dette vil da være et positivt tiltak. Her vil det nok likevel ikke bli gitt konkrete priser, men heller si hvilke rammer en aktør må holde seg innenfor.<sup>116</sup>

I EU-retten er det et utgangspunkt at Kommisjonen ikke har kompetanse til å påtvinge et bestemt adferdsregulerende pålegg. De skal kunne velge adferden selv, så lenge det er i tråd med konkurranseretten.<sup>117</sup> Dersom det foreligger flere muligheter for hvordan de kan handle, skal dette legges frem. Dette begrenser konkurransemyndighetenes kompetanse til å pålegge en spesifikk adferd.<sup>118</sup>

I Ford-saken fra EU omhandler nettopp kompetansen Kommisjonen har i forhold til midlertidig vedtak. Opprinnelig var dette en sak mellom Ford og forhandlerne fordi Ford ikke ville selge høyrestyrte biler til Tyskland. Dette ble først klaget inn til Kommisjonen, hvor de fattet et midlertidig vedtak slik at Ford måtte fortsette med leveransene.

Ford klaget dette videre inn for Retten. Retten kom her til at forretningsnektelsen i seg selv ikke stred med konkurransereglene. Det var hovedavtalen mellom Ford og de tyske forhand-

---

<sup>114</sup> Jfr Ot.prop nr 6 (2003-2004) s. 71.

<sup>115</sup> Se Magnus i Kolstad (red), *Misbruk av dominerende stilling*, side 413.

<sup>116</sup> Se Magnus i Kolstad (red), *Misbruk av dominerende stilling*, side 417.

<sup>117</sup> Se Sak T-24/90, *Automec Srl mot Kommisjonen*, premiss 52.

<sup>118</sup> Magnus, Kolstad (red), *Misbruk av dominerende stilling*, side 409.



lerne som muligens var i strid med reglene. Denne kunne de da ha fattet et midlertidig vedtak for.

Det ble her bestemt at Kommisjonen ikke hadde kompetanse til å gi pålegg som sa hvordan Ford skulle opptre fordi forretningsnektelsen var en ensidig handling.<sup>119</sup> Det de kunne pålegge, var at Ford måtte endre sin adferd slik at det var i tråd med konkurransereglene. Kommisjonen kunne ikke si hvordan overtredelsen skulle bli brakt til opphør, kun at den skulle det. Deretter var det opp til Ford hvordan de ønsket å løse saken.

Forarbeidene til konkurranseloven sier:

”Departementet er enig med NHO i at dersom det er alternative måter å etterleve bestemmelsene på, må foretakene ha stor frihet til å velge hvordan de vil tilpasse seg. Men i konkrete tilfeller kan det være nødvendig for tilsynet å gi pålegg om spesiell adferd for å sikre at bestemmelsene etterleves. De alminnelige reglene om forholdsmessighet vil legge begrensninger på hvilke tiltak som tilsynet kan pålegge foretaket.”<sup>120</sup>

Dette er likevel kun et utgangspunkt. Dersom det ikke finnes valgmuligheter, må slike pålegg likevel kunne gis. Et eksempel er Magill-saken hvor det kun forelå en måte å stoppe bruddet på.<sup>121</sup>

#### **4.2.4 ”Cease and desist orders”**

En form for pålegg kalles ”cease and desist orders”, hvor det kreves at foretaket avstår eller slutter med den eller de handlingen(e) som vurderes å være i strid med lovgivningen.<sup>122</sup> Dette kalles ofte negative pålegg, og denne kompetansen kan leses ut fra bestemmelsen; ”bringe overtredelsen til opphør”.

---

<sup>119</sup> Se Forente saker 228 og 229/82, *Ford of Europe Incorporated og Ford-Werke Aktiengesellschaft mot Kommisjonen*.

<sup>120</sup> Jfr. Ot.prop.nr 6 (2003-2004) s 70.

<sup>121</sup> Jfr sak T-69/89, *Radio Telefis Eireann mot Kommisjonen*, premiss 98.

<sup>122</sup> Jfr Magnus i Kolstad (red), *misbruk av dominerende stilling*, side 391 og 392 jfr 399.

#### **4.2.5 Vedtakskompetansen når en overtredelse allerede har opphørt**

Når man snakker om vedtakskompetansen når overtredelsen har opphørt, er dette naturlig å vurdere omkring § 12 (1), mens det ikke vil være aktuelt i forhold til femteleddet. Grunnen til dette er at dersom overtredelsen allerede har opphørt, er det heller ikke noe å fatte et midlertidig vedtak for. Siden overtredelsen er opphørt, kan det selvfølgelig heller ikke være noe som kan skade konkurransen.

#### **4.2.6 ICA/NorgesGruppesaken**

I Ica/Norgesgruppesaken påla konkurransetilsynet først Ica/Norgesgruppen å opphøre både distribusjon- og innkjøpssamarbeidet. Dette er derfor en "cease and desist order", siden de ba om at handlingene skulle opphøre. Skadehypotesen var likevel av en strukturell type; de var redd at markedsstrukturen skulle endre seg raskt, og ønsket å stoppe dette.

Ica la frem avhjelpende tiltak slik at de håpet at deler av avtalen skulle bestå. Det ble derfor ikke opphør av innkjøpssamarbeidet etter at departementet hadde drøftet saken. Det kan derfor sies at det ble gitt adferdsregulerende tiltak i dette tilfellet.

## 4.3 ”åpenbart misforhold”

### 4.3.1 Konkurranseloven

Det er i krrl § 12 (5) annet punktum likevel en begrensning i når Konkurransetilsynet kan fatte et midlertidig vedtak. Her sier bestemmelsen:

”Dette gjelder likevel ikke dersom den vedtaket retter seg mot, påføres skade eller ulempe som står i åpenbart misforhold til de hensyn som vedtaket skal ivareta.”

Utfra ordlyden må det foretas en forholdsmessighetsvurdering. Vi må se på hvilke hensyn som beskyttes opp mot hvor mye dette ”koster” den vedtaket retter seg mot. Det blir derfor foretatt en slags samfunnsøkonomisk avveining, noe jeg ikke skal begi meg ut på i denne oppgaven.

Det er også en viktig avveining hva slags ”pålegg” som blir valgt i de ulike tilfellene det blir truffet et midlertidig vedtak. Og ikke minst om det i det hele tatt er hensiktsmessig å gi ”pålegg”.

Når det gjelder ”åpenbart mislighold” sier forarbeidene at det skal skje en forholdsmessighetsvurdering slik som det følger av ordlyden; påført skade i forhold til de hensyn den skal beskytte.<sup>123</sup>

Denne drøftelsen kan være forskjellig i ulike situasjoner. Det kan være stor forskjell på vurderingen hvor det blir en aktør mindre av mange aktører, og der det blir en mindre av få.

Vurderingen i forhold til ”åpenbart misforhold” kan også påklages og overprøves.<sup>124</sup> Det er departementet som overprøver Konkurransetilsynets vurdering.

---

<sup>123</sup> Se Ot.prop. nr. 6 s 72.

<sup>124</sup> Jfr NOU 2003:12 s 231.

### 4.3.2 EU

TEU art 5 har en generell regel som sier at det ikke kan gripes inn med forskjellige pålegg. Det må i tillegg være samsvar mellom målet og de midlene som brukes for å nå det. Det er altså ikke slik at tilsynsmyndighetene for en hver pris skal gripe inn å pålegge sanksjoner. Det er her sagt at tre vilkår må tilfredsstilles:

1. det må være et egnet tiltak for å oppnå målet,
2. det må kun gjøres nødvendige tiltak for å fremme formålet og
3. det må foretas en mål-middel drøftelse.<sup>125</sup>

I Magill-saken ble det uttalt:

”Retten bemærkede nemlig med rette, at proportionalitetsprincippet i forbindelse med en anvendelse af artikel 3 i forordning nr. 17 indebærer, at de byrder, som pålægges virksomhederne med henblik på at bringe en overtrædelse af konkurrenceretten til op-hør, ikke må overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at op-fylde det tilsigtede mål, nemlig at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overhol-des”<sup>126</sup>

Vi ser derfor at det fra EU-praksis har lagt vekt på forholdsmessighetsdrøftelsen.

Når vi ser på forarbeidene til § 12, er det ikke like klart hva som skal legges til grunn i drøftelsen i norsk rett. Det kan derfor være usikkert om disse vilkårene kan brukes her. Jeg synes det må kunne brukes i hvert fall som en veiledning i det jeg finner de forholdsvis konkrete og fornuftige.

Kompetansen til å fatte midlertidig vedtak kan ikke gå lenger enn det som følger av førsteledet i bestemmelsen. Man kan selvsagt ikke gå lenger i påleggene etter krrl § 12 (5) enn det som vil gjøre seg gjeldende etter krrl § 12 (1).<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Se Magnus i Kolstad (red), *Misbruk av dominerende stilling*, s 403.

<sup>126</sup> Jfr Sak 241/91, Radio Telefis Eireann mot Kommisjonen, premiss 93.

<sup>127</sup> Se Graver og Hjelmeng, *Norsk konkurranserett bind 2*, s 43.

Det er også hevdet at ”et midlertidig vedtak må representere en adekvat og forholdsmessig reaksjon på brudd på § 10 og 11”.<sup>128</sup> Det vil altså si at det vil må være en påregnelig og dekkende reaksjon på det bruddet som har skjedd. Men da ikke strengere enn hva som vil virke rimelig i forhold til det som skal beskyttes gjennom vedtaket.

Det samme gjelder nok brudd på forskrift i medhold av § 14, selv om dette ikke ble kommentert i Norsk lovkommentar da. Årsaken var at denne ble lagt til i krrl § 12 (5) ved siste lovendring.

Den skade eller ulempe som blir påført et foretak ved at det ikke lenger kan begrense konkurransen, er ikke relevant for misforholdvurderingen. For at det skal anses å være et uforholdsmessig virkemiddel må aktøren påføres skade eller ulempe utover konkurransebegrensningens opphør.<sup>129</sup> Det er også viktig å merke seg at selv om det ikke kan treffes et midlertidig vedtak etter § 12 (5), stenger ikke dette for at det kan bli besluttet vedtak etter § 12 (1). Disse to forholdsmessighetsdrøftelsene er derfor ikke nødvendigvis sammenfallende.

#### **4.3.3 Annen lovgivning**

Midlertidig forføyning i tvistelovens § 34-1(2) har i likhet med krrl § 12 (5) en proporsjonalitetsdrøftelse hvor vi skal måle skaden eller ulempen den saksøkte blir påført opp mot saksøkerens interesser ved en midlertidig forføyning.

Vurderingstemaet på dette punktet er nok ganske like. Det skal ikke gripes inn mer enn nødvendig.

Ut fra ordlyden både i krrl og i tvisteloven ser det ut til at selv om kravet og sikringsgrunnen er i orden, skal man likevel ikke fatte et midlertidig vedtak dersom det vil gi mer negative konsekvenser enn positive.

---

<sup>128</sup> Norsk lovkommentar, *konkurranseloven*, note 127.

<sup>129</sup> Norsk lovkommentar, *konkurranseloven*, note 127.

Barnelovens § 4-6 har på en måte en slik proporsjonalitetsdrøftelse, i det det skal avveies hvor mye barnet blir ”skadet” ved å være i hjemme kontra det å bli tatt ut av hjemmet.<sup>130</sup> Dersom det ikke er stor forskjell på dette, tilsier det kanskje at barnet skal forbli i hjemmet i inntil endelig vedtak. Dette fordi det blir sett på som opprivende å bli tatt ut av hjemmet.

#### **4.3.4    Praksis**

I ICA/Norgesgruppesaken sa departementet at det som en del av forholdsmessighetsvurderingen ble lagt vekt på hva slags betydning det hadde for partene at det ble fattet et midlertidig vedtak. Dette ble sett opp mot hvilke skader på konkurransen det ville ha dersom det midlertidige vedtaket ikke ble opprettholdt.<sup>131</sup>

Konkurransetilsynet sa at det ikke ville være uforholdsmessig skade med et midlertidig vedtak i dette tilfellet selv om ICAs posisjon ble svekket. Det vil uansett være en stor risiko for at Ica etter hvert blir borte fra markedet. I tillegg vil dette også kunne føre til at NorgesGruppen vil få en styrket posisjon, også i forhold til de andre aktørene på markedet.<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> Se Oppedal, *Akutthjemlene i barnevernloven*, side 125.

<sup>131</sup> Se Departementets vedtak s 17.

<sup>132</sup> Se Departementets vedtak, s 7.

#### 4.3.5 Klageadgang

I teorien diskuteres det i hvilken grad en domstol kan overprøve konkurransemyndigheten sin avgjørelse. Noen mener det bør utøves en viss tilbakeholdenhet. De mener ”åpenbart misforhold” kan oppfattes som en slags utøvelse av forvaltningsrettens skjønn, og som derfor ikke kan overprøves. Andre mener det likevel bør foreligge en rett for domstolene til å overprøve, men at de bør holde seg til de juridiske og moralske sidene. Det er blitt hevdet at domstolene ikke skal overprøve de økonomiske vedtakene, siden Konkurransetilsynet er et organ med ekspertkompetanse på de vurderingen som skal tas for å fatte vedtak etter § 12.<sup>133</sup>

Uavhengig av diskusjonen er det slik at utgangspunktet er at klageorganet kan prøve alle sider av saken. Ser vi på ICA/NorgesGruppesaken sa departementet at de kunne overprøve alle sider av vedtaket fra konkurransetilsynet.<sup>134</sup>

---

<sup>133</sup> Se Magnus i Kolstad (red), *Misbruk av dominerende stilling*, s 404-408.

<sup>134</sup> Se Departementets vedtak, s 44.

#### 4.4 "Begrenset tidsrom"

Bestemmelsen stiller i tillegg et krav til at "Midlertidig vedtak skal treffes for et begrenset tidsrom, men kan forlenges dersom faren for konkurransen består." Her er ordlyden ganske klar. Den sier at det skal fastsettes et tidsrom for hvor lenge det midlertidige vedtaket gjelder, og normalt vil dette være til endelig vedtak foreligger.<sup>135</sup> Dersom Konkurransetilsynet ikke har funnet ut nok innen den tid, kan det forlenges.

Det kan ikke anses som et vilkår for å treffe midlertidig vedtak, men heller en begrensning for hvor lenge de kan opprettholde det midlertidige vedtaket uten å fatte en endelig avgjørelse.

Forarbeidene antyder at en av årsakene er at Konkurransetilsynet dermed må prioritere behandling av saken.

Krrl § 19 sier at fusjonssaker ikke må gjennomføres

"... før Konkurransetilsynet har avsluttet behandlingen av saken."

Dersom det skulle bli fattet et midlertidig vedtak i et fusjonstilfellet, vil utfallet være slik som følger etter § 19. De kan ikke fusjonere før Konkurransetilsynet har behandlet saken. Når det er fattet midlertidig vedtak, skal ikke partene gjennomføre det planlagte før det er fattet endelig vedtak, eller fristen for det midlertidige vedtaket har utløpt.

En mulig årsak til at et midlertidig vedtak kun skal være for en begrenset periode, er at det koster mer for hver dag som går uten at planene blir gjennomført. Det skaper også en usikkerhet for aktørene og omgivelsene, og det er derfor viktig at det ikke går for lang tid før de får avklart situasjonen.

---

<sup>135</sup> Se Norsk lovkommentar, *Konkurranseloven*, note 128.



I Ica og Norgesgruppesaken har det midlertidige vedtaket blitt forlenget flere ganger. 28. Februar 2014 ble det varslet at avtalen mellom Ica og NorgesGruppen ville opphøre. Partene har fått frist frem til 25. april på å komme med sine synspunkter og kommentarer til varselet. Begrunnelsen for avgjørelsen i forhold til varselet, er at de har kommet til at denne avtalen er ulovlig, og svekker konkurransen. I skrivende stund er det ikke kommet til noe nytt som tilsier at det vil bli endringer i varselet, men fristen er enda ikke utløpt.

## 5 Sammenheng

Gjennom denne oppgaven har jeg klarlagt vilkårene for å fatte et midlertidig vedtak. De ulike vilkårene i krrl § 12 (5) er blitt vurdert. Noen av vilkårene er gitt en analyse, mens andre kun har fått en kort gjennomgang.

Hovedfokuset i oppgaven har vært å klarlegge hva som ligger i ”rimelig grunn til å anta”, ”varig og uopprettelig skade” og tilsynets kompetanse. Det har blitt gjort en gjennomgang av de ulike bestemmelser i konkurranseloven, sammenligning med annen lovgivning, praksis fra Norge og EU.

Når det gjelder ”rimelig grunn til å anta”, er det blitt konstatert at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at dette vilkåret er oppfylt, men at det likevel kreves holdepunkter. Det er noe usikkert om det kan sies å være det samme kravet som gjelder i forhold til EU retten, selv om det i begge tilfellene er fastsatt at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt.

Videre ble beviskravet ”fare for” gjennomgått, og jeg falt ned på at det heller ikke her var nødvendig med sannsynlighetsovervekt etter konkurranselovens regler. Dette etter at vi hadde sett på departementets vurdering i saken om ICA/NorgesGruppen. Etter en gjennomgåelse av konteksten i bestemmelsen, og ved en sammenligning av hva som er blitt sagt om ”fare for” i forarbeidene til utlendingsloven, falt departementet ned på at det ikke kreves sannsynlighetsovervekt. Her er det i EU-retten sagt ”risiko for”, noe som på mange måter kan ses på som relativt like krav, men departementet avfeier at EU-retten skal ha innpass for å belyse saken på dette punktet.

Det er også sett på i hvilke tilfeller det kan sies at det er en varig og uopprettelig skade, og hvilke tilfeller det kun skjer en kortvarig skade. Her har vi sett på Ica/NorgesGruppe-saken som er en god illustrasjon på nettopp dette, siden deler av det midlertidig vedtaket ble opphevet. Spørsmålet som blir stilt der, er om endringen av markedet ved å ikke foreta opphøret kan gjenopprettes etter endelig vedtak, eller om det har irreversible konsekvenser.

Gjennom denne oppgaven har vi sett at det ikke er strenge beviskrav, siden det bruker ”rimelig grunn” og ”fare for”. I begge tilfellene anses det ikke for å være et krav til sannsynlighetsovervekt. Det er likevel et krav om kvalifisert skade og brudd på visse bestemmelser i konkurranseloven, som derfor hever terskelen noe.

Vilkåret ”åpenbart misforhold” er en forholdsmessighetsdrøftelse. Det må være samsvar mellom hva som oppnås gjennom midlertidig vedtak kontra hva som ”ofres”. På grunn av at midlertidig vedtak kun er for en kort periode frem til endelig vilkår foreligger, setter dette begrensninger for om og hva det kan gis av ”pålegg”.

I tillegg er det sett på ulike slags ”pålegg” som kan gis etter denne bestemmelsen. Både strukturelle, adferdsregulerende og ”cease and desist orders” er gjennomgått. Det er også klarlagt at det må foretas en forholdsmessighetsdrøftelse i forhold til pålegget. Dersom det foreligger valgmuligheter, er det opp til aktøren(e) hva de velger, så lenge det er tilpasset loven.

Midlertidig vedtak skal kun gis for en begrenset periode med anledning til forlengelse ved behov. Dette gjør at Konkurransetilsynet må prioritere saken.

Vi ser gjennom denne avhandlingen at det er en rekke vilkår som skal være oppfylt for at det skal kunne fattes midlertidig vedtak. Det skal ikke være en for vid adgang til å fatte midlertidig vedtak. Dette er begrunnet i at det har store innvirkninger for de det gjelder. Derfor skal det være for en begrenset periode, det skal ikke være i åpenbart misforhold, og ei heller av marginal betydning. For å skape en nødvendig mulighet for rask reaksjon er det satt en lav terskel i forhold til beviskravene, slik at det skal kunne gis i de tilfellene det anses umiddelbar fare for skade på konkurransen.

# Litteraturliste

## Bøker:

Evensen, Harald og Eivind Sæveraas (red.) *Konkurranselov og EØS-konkurranselov med kommentarer*. Oslo, 2009.

Graver, Hans Petter og Erling Hjelmeng, *Norsk konkurranserett bind 2 Prosess og sanksjoner*. Oslo, 2006.

*Misbruk av dominerende stilling*, redaktør Olav Kolstad...[et al.]. Oslo, 2007.

Delen til Marianne Nergaard Magnus.

Flock, Hans *Midlertidig sikring*. Oslo, 2011

Oppedal, Mons *Akutthjemler i barnevernloven*. Oslo, 2008.

*Twisteloven med kommentarer bind 2* Tore Schei...[et al.]. Oslo, 2008.

### **Nettsider:**

Dagens næringsliv, *Tilsynet stanser ICA og NorgesGruppen* (2013)  
<http://www.dn.no/nyheter/naringsliv/2013/02/26/tilsynet-stanser-ica-og-norgesgruppen>, (siteret januar 2014).

Konkurransetilsynet. *Faktaark; Norgesgruppe-Ica-saken, prosessen så langt*.  
<http://www.konkurransetilsynet.no/Global/Aktuelt/Faktaark%20om%20prosessen%20NG-ICA.pdf>, lest 17.03.14

Konkurransetilsynet, *Faktaark; Norgesgruppen-Ica*, (2013)  
[http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id\\_6262/cf\\_5/Faktaark\\_-\\_Norgesgruppen-Ica.PDF](http://www.konkurransetilsynet.no/ImageVaultFiles/id_6262/cf_5/Faktaark_-_Norgesgruppen-Ica.PDF), (siteret 14.01.14)

Konkurransetilsynet, *Om oss* (2013) 04.02.2013. <http://www.konkurransetilsynet.no/no/om/>  
(siteret 10.01.2014)

Norsk lovkommentar, Barnevernloven,  
<https://vpn2.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F6E6F622E6572676766716E676E2E6162++/browse.aspx?sDest=gL19920717z2D100#gL19920717z2D100z2EzA74z2D6>, (siteret mars 2014)

Norsk lovkommentar, Helse- og omsorgstjenesteloven,  
<https://vpn2.uio.no/+CSCO+0h756767633A2F2F6E6F622E6572676766716E676E2E6162++/browse.aspx?sDest=gL20110624z2D30z2EzA710z2D2>, (Siteret februar 2014)

Norsk lovkommentar, *Konkurranseloven*.  
<http://abo.rechtsdata.no/browse.aspx?sDest=gL20040305z2D12z2EzA712> (siteret 09.01.14)

### **Aviser:**

Bondebladet: *Stansing av avtalen*, 20.02.2014

Finansavisen, *Razzia i bokbransjen*, 10.04.14.

**Lover:**

Lov av 10. Februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 22. mai 1981 nr 25 om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven).

Traktaten om Den europeiske Union (TEU) av 7. februar 1992

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992.

Lov 17. juli 1992 nr 100 om barneverntjenester (barnevernloven)

Tidligere Konkurranseloven: Lov 11. juni 1993 nr. 65 om konkurranse i ervervsvirksomhet

Rådsforordning 1/2003 menes Rådets forordning nr. 1 /2003 av 16. Desember 2002 om gjennomføring av konkurransereglene i EF-traktaten artikkel 81 og 82 (EFT L1/1 av 04.01.2003).

Lov 5. mars 2004 nr. 11 om gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv. (EØS-konkurranseloven).

Lov 5. mars 2004 nr. 12 om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenlutninger (konkurranseloven).

Lov 17. juni 2005 nr 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven).

Lov 15. mai 2008 nr 35 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven).

Lov 24. juni 2011 nr 30 om Kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (Helse-og omsorgstjenesteloven)

## **Forarbeidsregister:**

NOU 1999:12

NOU 2003:12                      Ny konkurranselov Ny konkurranselov

NOU 2012: 7                      Mer effektiv konkurranselov

Ot.prop.nr. 29 (1990-1991)    Om lov om sosiale tjenester m.v. (sosialloven)

Ot.prp nr. 65 (1990-1991)    Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring  
(tvangsfullbyrdingsloven)

Ot.prop.nr. 6 (2003-2004)    A) Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med  
foretakssammenslutninger (konkurranseloven) B) Om lov om  
gjennomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler  
mv. (EØS-konkurranseloven)

Ot.prop.nr. 51 (2004-2005)    Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Prop. 91 L (2010-2011)       Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse-  
og omsorgstjenesteloven)

Prop. 75 L (2012-2013)       Endringer i konkurranseloven

Prop. 138 L (2010-2011)      Endringer i utlendingsloven(utvidet adgang til fengsling mv.)

Innst.O.nr 50 (2003-2004)    Innstilling fra familie-, kultur- og administrasjonskomiteen om  
A) lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med fore-  
takssammenslutninger (konkurranseloven) og B) lov om gjen-  
nomføring og kontroll av EØS-avtalens konkurranseregler mv.  
(EØS-konkurranseloven) mv.

### **Saker fra EU:**

Sak 792/79 R: Camera Care Ltd mot Kommissjonen. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1396442018901&uri=CELEX:61979CO0792>, Lest februar 2014

Forente saker 228 og 229/82 R Ford of Europe Incorporated og Ford-Werke Aktiengesellschaft mot Kommisjonen. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1396556526365&uri=CELEX:61982CO0228> lest mars 14

Sak C- 453/99, Courage Ltd mot Bernhard Crehan <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1398185477662&uri=CELEX:61999CC0453>, mars 2014

B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd. og Sealink Stena Ltd. [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/d\\_ec\\_docs/34174/34174\\_2\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/d_ec_docs/34174/34174_2_2.pdf)  
lest mars 2014

Irish Continental Group mot CCI Morlaix [1995] 5 C.M.L.R. 177.

Sak C-241/91 Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Kommisjonen <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?qid=1397313835011&uri=CELEX:61991CJ0241>, april 2014

Sak C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG og Mediaprint Anzeigen-gesellschaft mbH & Co. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DA/TXT/?uri=CELEX:61997CC0007>, mars 14.



Sak T-69/89, Radio Telefis Eireann mot  
Kommisjonen

[http://eur-lex.europa.eu/legal-  
con-  
tent/DA/TXT/?qid=1397313835011&uri=CELE  
X:61991CJ0241](http://eur-lex.europa.eu/legal-<br/>con-<br/>tent/DA/TXT/?qid=1397313835011&uri=CELE<br/>X:61991CJ0241), lest 19. april 2014

Sak T-23/90 Peugeot mot Kommisjonen

[http://eur-lex.europa.eu/legal-  
con-  
tent/DA/TXT/?qid=1396710780396&uri=CELE  
X:61990TJ0023](http://eur-lex.europa.eu/legal-<br/>con-<br/>tent/DA/TXT/?qid=1396710780396&uri=CELE<br/>X:61990TJ0023), mars 14

Sak T-24/90, Automec Srl mot Kommis-  
jonen

[http://eur-lex.europa.eu/legal-  
con-  
tent/DA/TXT/?qid=1398183292431&uri=CELE  
X:61990TJ0024](http://eur-lex.europa.eu/legal-<br/>con-<br/>tent/DA/TXT/?qid=1398183292431&uri=CELE<br/>X:61990TJ0024), lest mars 14

Sak T-44/90 La Cinq mot Komisjonen

[http://eur-  
lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!cel  
ex-  
plus!prod!CELEXnumdoc&lg=da&numdoc=61  
990TJ0044](http://eur-<br/>lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!cel<br/>ex-<br/>plus!prod!CELEXnumdoc&lg=da&numdoc=61<br/>990TJ0044)  
lest 2. Februar 14.

T-184/01 R IMS Health Inc mot  
Kommisjonen

[http://eur-lex.europa.eu/legal-  
content/DA/ALL/?uri=CELEX:62001TO0184](http://eur-lex.europa.eu/legal-<br/>content/DA/ALL/?uri=CELEX:62001TO0184),  
lest mars 2014.

IMS Health

EFT 2002 L 59 s. 18

**Avgjørelser fra Konkurransetilsynet:**

A2006-67, Den norske Boligbørs AS;

[http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/422280/A2006-67\\_den\\_norske\\_boligbors.pdf](http://www.konkurransetilsynet.no/iKnowBase/Content/422280/A2006-67_den_norske_boligbors.pdf), lest 01.04.2014

**Avgjørelser fra Departementet:**

Departementets vedtak av Konkurransetilsynets vedtak V2013-6;

<http://www.regjeringen.no/upload/FAD/Vedlegg/Konkurransepolitikk/ica.pdf>, lest desember 2013.

**Norsk høyesterett:**

Rt. 1967 s. 124.

Rt. 1994 s. 1526.

Rt. 1997 s. 1197.

Rt. 2002 s. 108.

Rt. 2011 s. 910.

Rt. 2012 s. 1556.